Die

Bestrafung des Ehebruchs

in der heutigen Gesetzgebung

und

de lege ferenda.

Inaugural-Dissertation,

der

hohen juristischen Fakultät

der

Eberhard-Karls-Universität Tübingen

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Alfred Kahn,

Justizreferendär in Stuttgart.

Mit Genehmigung der Fakultät gedruckt.

Stuttgart.

Buchdruckerei der Paulinen-Pflege.

1902.

Die

Bestrafung des Ehebruchs

in der heutigen Gesetzgebung

und

de lege ferenda.

Inaugural-Dissertation,

der

hohen juristischen Fakultät

der

Eberhard-Karls-Universität Tübingen

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Alfred Kahn,

Justizreferendär in Stuttgart.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Mit Genehmigung der Fakultät gedruckt.

Stuttgart.

Buchdruckerei der Paulinen-Pflege.

1902.

Inhalt.

		Seite
I. Kapitel:	Einleitung	1
II. „	Objekt des Delikts und Einwilligung des Verletzten	2
III. „	Subjekt des Delikts	10
IV. „	Die Handlung	13
V. „	Der Vorsatz	15
VI. „	Beschaffenheit der Ehe	16
VII. „	Erfordernis der vorgängigen Ehescheidung	20
VIII. „	Fortsetzung	23
IX. „	Der Antrag	30
X. „	Die Verjährung	37
XI. „	Wiederholte Fälle des Ehebruchs	38
XII. „	Teilnahme und Konkurrenz	39
XIII. „	Die fremden Rechte	42
XIV. „	Kritik des geltenden Rechts; die Bestrafung des Ehebruchs de lege ferenda	48
Anhang:	Verzeichnis der benutzten Litteratur	63

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547018_0083

I.

Vielfach wird gegenüber anderen Strafgesetzgebungen die Knappheit des Ausdrucks und die Kürze als ein Vorzug des deutschen Reichsstrafgesetzbuchs hervorgehoben. Erscheint es schon im Allgemeinen als ein höchst gewagtes Experiment, gerade im Strafrecht, wo es sich um die höchsten Güter des Menschen, um Leben, um Ehre und Freiheit handelt, durch grosse Kürze der gesetzlichen Bestimmungen den individuellen Ansichten der jeweiligen Richter einen gar zu grossen Spielraum zu lassen, so wird man in dieser Ansicht noch bestärkt, wenn man vergleicht, was man durch diese Knappheit erreichen wollte und was man erreicht hat.

Nur wenige Legaldefinitionen finden sich im Gesetz, selbst gewisse leitende Grundsätze sind nicht erwähnt, weil man sie teils als feststehende Resultate der Wissenschaft vorausgesetzt hat, teils der weiteren Entwicklung und Forschung derselben überlassen wollte. In manch derartigen Punkten ist denn auch die Wissenschaft auf die Praxis von nicht zu unterschätzendem Einfluss gewesen, in anderen werden ihre Forschungen und Erläuterungen von der Praxis geradezu ignoriert; man denke z. B. an die Judikatur in der Frage des Versuchs am untauglichen Objekt, in der Anwendung des § 360 Nr. 11 u. a. m. Ist aber vollends eine vom Gesetz mit Stillschweigen übergangene und von der Wissenschaft umstrittene Frage von einer Anzahl von Urteilen in demselben Sinne beantwortet, so ist jede weitere Einwirkung der Theorie in diesem Punkte ausgeschaltet, eine Thatsache, die um so bedenklicher erscheint, als gerade in der Strafrechtspraxis gewisse Erwägungen nicht juristischer Natur bei der Auslegung und Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen eine bedeutende Rolle spielen.

In sehr erheblichem Maße leidet unter diesen Mängeln das Delikt, das den Gegenstand der vorliegenden Arbeit bildet, der Ehebruch. Das Gesetzbuch behandelt denselben in § 172, welcher lautet:

»Der Ehebruch wird, wenn wegen desselben die Ehe geschieden ist, mit Gefängnis bis zu 6 Monaten bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.« [1])

Die kurze Behandlung dieses nicht einfachen Delikts tritt noch mehr hervor, wenn wir andere Gesetzgebungen vergleichen Weit eingehender behandelt das österreichische Strafgesetz den Ehebruch in den §§ 502 und 503. Der Code Penal widmet demselben 5, das italienische Strafgesetzbuch vom 22. November 1888 6 Paragraphen.

In all diesen Gesetzgebungen finden wir — neben gewissen dem deutschen Gesetzbuch nicht angehörenden Thatbeständen — diejenigen Streitfragen gelöst, deren Ignorierung seitens des Reichsstrafgesetzbuchs so unerfreuliche Resultate gezeitigt hat, dass die Frage, ob der wegen eines erweislich wahren Ehebruchs Angeklagte verurteilt oder freigesprochen werden wird, derzeit als direkte Glückssache gelten kann.[2])

II.

Die erste Frage, die bei einer Besprechung des § 172 Str.G.B. in Betracht kommt, ist die nach dem Rechtsgut, welches durch diese Bestimmung geschützt werden soll, ob das Gesetz das Recht des Ehegatten auf eheliche Treue oder die staatliche Institution der Ehe schützen will.

Wenn wir hier einen Blick auf die historische Entwicklung des Delikts werfen, so finden wir, dass die Auffassung über den

---

Anm. 1. Eine Definition des Ehebruchs findet sich im Gesetze nicht; zutreffend definiert ihn Daude (Diss. S. 1 Anm. 1) als die vorsätzliche Verletzung einer bestehenden Ehe durch ausserehelichen Beischlaf. Das Reichsgericht hat den Ehebruch verschiedentlich (z. B. E. 14 S. 202) definiert als die Vollziehung des Beischlafs von Seiten einer verheirateten Person mit einer Person anderen Geschlechts, welche nicht der Ehegatte der Ersteren ist. Diese Definition ist ungenau, weil jedenfalls die bewusste Verletzung eines bestehenden Ehebands aufgenommen werden müsste.

Anm. 2. Vergl. auch Daude: Der Ehebruch, Diss. S. 11 zu Anm. 2.

Zweck der strafrechtlichen Ahndung des Ehebruchs in den einzelnen Gesetzgebungen je nach dem verschiedenen Geiste der Zeiten sehr verschieden war.[3])

Bei der Stellung, die im römischen Recht der Ehemann der Ehefrau gegenüber einnahm, sah man im Ehebruch der Frau eine strafwürdige Auflehnung gegen die hausherrlichen Rechte des Ehemanns, und fand demgemäss — auch mit Rücksicht auf die dadurch entstehende Unsicherheit der Paternität — nur die Frau und die Braut, die sich mit einem fremden Manne vergingen, sowie den Mitschuldigen strafwürdig; die Strafe hatte aber im älteren römischen Recht mehr den Charakter einer Privatrache; mit öffentlicher Strafe scheint der Ehebruch erst unter Augustus durch die *lex Julia* belegt worden zu sein. (Dig. 48. 5., Cod. 9. 9., Nov. 117 u. 134.) Dadurch wurde das Tötungsrecht des Ehemanns der auf der That ertappten Ehefrau gegenüber abgeschafft und nur dem Mitschuldigen, dem *temerator nuptiarum* gegenüber aufrecht erhalten, der auch durch das ganze römische Recht hindurch mit dem Tode bestraft wurde.

Die Ehebrecherin wurde auf eine Insel, später ins Kloster verwiesen.

Berechtigt, die Strafklage zu erheben, war nach älterem Recht jeder; durch l. 30 C. 9. 9. wurde jedoch dieses Recht auf den Mann und den Vater der Ehebrecherin beschränkt.

So das römische und ebenso das ältere deutsche Recht, das gleichfalls einen strafbaren Ehebruch nur in der geschlechtlichen Vereinigung der Ehefrau bezw. der Braut mit einem andern Manne als dem Ehemann oder dem Bräutigam sah.[4])

Zu ganz anderen Bestimmungen musste natürlich das kan. Recht kommen, das in der Ehe ein Sakrament, somit in jedem

---

Anm. 3. Über die Geschichte siehe bes. Wächter, Abhandlungen S. 101/144, 333/355; Bennecke, die Lehre vom Ehebruch; Hälschner, im Gerichtssaal 1870, Bd. 22, S. 401 ff.; Sohm, das Recht der Eheschliessung; Rosenthal, die Rechtsfolgen des Ehebruchs nach kan. Recht; *Boucher, Étude sur l'adultère.* — Eine umfassende Übersicht über die Bestrafung des Delikts bei den alten Völkern s. bei De Foresta S. 15 ff.; Heller, über die Strafe des Ehebruchs nach den Begriffen und Gesetzen der alten Deutschen, Ulm 1773.

Anm. 4. Dies wird nur von Heller (l. c. S. 9) bestritten, der aber für seine gegenteilige Ansicht, dass Mann und Frau gleichgestellt gewesen seien, keinen anderen Beweis beizubringen vermag als den, dass sich dies nicht mit den übrigen Maximen der alten Deutschen zusammenreime.

Ehebruch die Verletzung einer heiligen Institution sah. Die Folge dieser Anschauung ist die Gleichstellung von Mann und Frau, sowie andererseits die Ausscheidung der Braut aus der Zahl der tauglichen Subjekte des Delikts (vergl. *Cap.* 4, *causa* 32, *quaestio* 4—7; besonders *Cap.* 4, *c.* 32, *q.* 4: *Christiana religio adulterium in utroque sexu pari ratione condemnat*).

Diese kanonische Auffassung wirkte bestimmend auf die weltlichen Rechte, die nunmehr auch die Strafbarkeit des Ehemanns zu statuieren begannen.[5])

Auch die peinliche Gerichtsordnung Karls V. hat sich in Art. 120 auf diesen Standpunkt gestellt, jedoch das Strafverfahren vom Antrag des verletzten Teils abhängig gemacht.

Unter diesem Gesichtspunkt haben auch die späteren Gesetzgebungen den Ehebruch betrachtet; der Kampf der italienischen und der naturrechtlichen Schule, besonders Feuerbachs, die in dem Ehebruch nur einen Vertragsbruch sehen wollten, hat vielleicht eine mildere Bestrafung des Delikts zur Folge gehabt, von andauerndem Einfluss bezüglich der Beurteilung des Wesens des Ehebruchs ist diese Lehre jedoch nicht gewesen, und so wird der Ehebruch auch von dem geltenden Rechte noch bestraft als Verletzung der Institution der Ehe.

Dies ist nicht unbestritten: eine Anzahl von Schriftstellern[6]) sind der Ansicht, dass der Ehebruch heute nur als die materielle Verletzung des Rechts des Ehegatten auf eheliche Treue bestraft werde. Diese Ansicht wird damit begründet, dass die Strafe nur verhängt werden könne, wenn die Ehe zuvor wegen dieses Ehebruchs geschieden, und wenn der Strafantrag gestellt sei. Sowohl die Anstellung der Scheidungsklage als die Stellung des Strafantrags aber stehe im Belieben des verletzten Ehegatten.

Anm. 5. Siehe *lex Visigothorum* l. III t. 4 § 9; *leges Langobardorum;* Sachsenspiegel Buch II, Art. 13, Nr. 5; Schwabenspiegel C. 174; Magdeburger Fragen Nr. 7, *dist.* 2; *Bambergensis* Art. 145; Sächs. Konstitutionen 4, 18 (s. Daude S. 25 zu Anm. 2).

Anm. 6. Olshausen § 172 Nr. 1; Frank § 172 Nr. 4; Binding, Handbuch 1, S. 715 und Grundriss 2, S. 110; Merkel S. 367; Schwarze § 172 Nr. 8; Holtzendorff, Handbuch 3, S. 300; Mainzer S. 23; Reber S. 154; Kries in der Zeitschrift für Str.R. 7, S. 532; Tippelskirch im Gerichtssaal, Bd. 11, S. 263; Kessler im Gerichtssaal, Bd. 31, S. 571; Liszt S. 378.

Daraus gehe deutlich hervor, dass der Gesetzgeber, da er die Ahndung des Delikts völlig dem andern Ehegatten anheimgestellt habe, auch nur die an dessen Rechte begangenen Verletzung strafen wolle.

Diese Ansicht entspricht jedoch zweifellos nicht dem Standpunkt des Gesetzbuchs, das vielmehr sowohl mit dem Erfordernis der vorgängigen Ehescheidung als mit dem des Strafantrags ganz andere Rücksichten im Auge hat.

Was zunächst das Erfordernis der erfolgten Scheidung wegen dieses Ehebruchs anbelangt, das sich zwar in den meisten modernen Gesetzgebungen nicht findet, das aber schon im römischen Recht bestand und nachher von dem Str.G.B. für die preussischen Staaten von 1851 aufgenommen wurde (vergl. u. Cap. 14), so entspringt dies der Tendenz, möglichst viele Ehen zu erhalten. Man ist ganz richtig davon ausgegangen, dass ein Ehebruch auf den verletzten Gatten von ganz verschiedener Wirkung sein kann: denjenigen Fällen des Ehebruchs, die thatsächlich zu einer Ehescheidung führen, steht die weitaus grössere Zahl derjenigen Ehebrüche gegenüber, die eine solch tötliche Wirkung auf den Fortbestand der Ehe nicht haben; sei es, dass der schon anhängige Scheidungsprozess durch die Versöhnung des Gatten nicht zu einer Scheidung führt[7]), sei es, dass der Ehebruch überhaupt von dem verletzten Gatten aus irgend welchen Gründen nicht beachtet oder verziehen wird.

Liesse man jedoch eine Bestrafung des Ehebruchs alsbald, vor Beendigung der Ehe zu, so wäre die sichere Folge, dass in der Erregung der ersten Augenblicke weit mehr Bestrafungen veranlasst würden, als heute erfolgen.

Anm. 7. Vergl. Oettingen, obligatorische und fakultative Civilehe, Leipzig 1881, S. 59: „Der Zunahme der Ehescheidung in den 8 älteren preussischen Provinzen von 6549 (i. J. 1875) auf 7720 (i. J. 1878) steht eine Zunahme der „erfolgreichen" Sühneversuche von 2688 (i. J. 1874) bis 2737 (i. J. 1879) gegenüber. Ähnlich liegen die Verhältnisse für das ganze Deutsche Reich." — Sie liegen sogar — wenigstens für die neuere Zeit — noch günstiger: nach der deutschen Justizstatistik wurden 1881—91 von 100 Ehescheidungssachen im Sühnetermin erledigt:

1881: 50	1884: 56	1887: 59	1890: 60
1882: 53	1885: 57	1888: 60	1891: 59
1883: 54	1886: 58	1889: 60	

In all diesen Fällen wäre aber an eine nachherige Versöhnung der Ehegatten kaum zu denken, und es würde infolgedessen die Zahl der Ehescheidungen erheblich steigen.

Ganz abgesehen davon erscheint es aber auch unbillig, einem Ehegatten, den der Ehebruch des anderen durchaus nicht an der Fortsetzung des ehelichen Lebens hindert, dennoch das Recht einzuräumen, die Bestrafung des andern Ehegatten wegen dieses Ehebruchs zu verlangen.

Erwägungen dieser Art waren es lediglich, die bei Aufnahme der Bestimmung in das preussische Strafgesetzbuch massgebend waren, und aus diesem Grunde ist das Erfordernis auch in das R.Str.G.B. herübergenommen worden.

Dieser Gedanke findet sich schon bei Carpzov[8]): *„remissionem nullatenus in favorem adulteri introductam esse, ut qui nilminus, quam eam sub delicto promeruerit; sed in honorem matrimonii et favorem conjugis innocentis.“*

Und ebenso ist auch das Antragserfordernis zweifellos mit Rücksicht auf den verletzten Ehegatten und die Familie hinzugefügt, für welche der Strafprozess gegen den ehebrecherischen Gatten zuweilen derartige Unzuträglichkeiten herbeiführen kann, dass der Gesetzgeber es für angebracht hielt, da man diese Verhältnisse unmöglich von Fall zu Fall untersuchen und berücksichtigen kann, die Verfolgung stets von der Zustimmung des Verletzten abhängig zu machen.[9]) Es hat also hier der Antrag genau genommen den Zweck, ein Strafverfahren gegen den Willen des Verletzten zu verhüten.

In Anbetracht all dessen könnte man wohl fragen, weshalb das Gesetz hier dennoch das Antragserfordernis statuiert und sich nicht damit begnügt hat, die Strafverfolgung von der Ermächtigung des Verletzten abhängig zu machen. Der Grund wird wohl darin

---

Anm. 8. Carpzov: *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium* 1635, q. 53 Nr. 33.

Anm. 9. Vergl. auch die Bestimmung der Theresiana, Art. 77, § 6, Abs. 4, die den Richtern alle Behutsamkeit in der Nachforschung und Verschwiegenheit im Verfahren anempfiehlt, „damit nicht neben der schuldigen Person zugleich auch ihren Kindern Schimpf, Schand zugezogen und verkleinerlicher Vorwurf oder wohl gar durch solch unbescheidene Kundmachung schädliche Ehespaltungen angezettelt werden mögen“.

zu sehen sein, dass das Str.G.B. im Prinzip eine Ermächtigung nur bei politisch oder völkerrechtlich bedeutsamen Thatbeständen einholen lässt (§§ 99, 101, 197 Str.G.B.) und keine Veranlassung hatte, eine solche Rücksichtnahme auch bei Privatpersonen zu üben.

Andererseits spricht auch für die Aufnahme des Antragserfordernisses, dass man damit dem verletzten Ehegatten für die natürlich auch in dem Ehebruch liegende Verletzung seines Rechts auf Treue eine gewisse Initiative und aktive Mitwirkung in dem Strafprozess sichern konnte.

Es erweisen sich somit die Gründe für die gegnerische Ansicht als Scheingründe. — Dazu kommen noch folgende Erwägungen: Der Ehebruch wird in dem Gesetz unter die Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit gebracht, was völlig unlogisch wäre, wenn man eine einfache Verletzung des Anspruchs auf eheliche Treue in ihm erblicken wollte, in diesem Falle wäre das Delikt wohl zweckmässiger in den Abschnitt Beleidigungen aufgenommen worden.[10])

Ferner ist der Dritte, welcher den Ehebruch mit dem Ehegatten begeht, vom Gesetze als Mitschuldiger bezeichnet; verginge sich der Ehegatte nur gegen die ihm obliegende Treuepflicht, so könnte der Dritte doch nur Gehülfe sein. — Schliesslich wäre dem Ehemann bei einem Vergehen, welches sich nur als Verletzung seines Privat-Interesses charakterisiert, sicherlich die Befugnis gegeben worden, durch Zurücknahme des Antrags die Strafverfolgung zu inhibieren, wie dies bei der Beleidigung (§ 194 des Str.G.B.) und in zahlreichen andern Fällen (vergl. die Zusammenstellung bei Daude, Str.G.B. § 64, Anm. 25) vorgesehen ist.

Jedoch davon ist im Gesetze nicht die Rede, weil eben das Antragserfordernis nur aus dem oben erörterten Grunde angefügt ist.

Anm. 10. S. a. Daude, S. 31. — Gegen Rüdorff (Diss. S. 20) und Binding (in seinem Gutachten in der Zeitschrift für Str.R., Bd. 2, S. 452 ff.) die den Ehebruch als nicht unter die Sittlichkeitsdelikte gehörig bezeichnen, sei darauf hingewiesen, dass derselbe auch in den Strafgesetzbüchern von Preussen (1851), Bayern (1861), Württemberg (1839), Braunschweig (1840), Lübeck (1863), sowie in zahlreichen ausländischen Gesetzgebungen unter diese Rubrik gebracht ist.

Es ist demnach, wie schon oben gesagt, als Objekt des Delikts die staatliche Institution der Ehe zu betrachten.[11])

In engstem Zusammenhang damit steht die Frage, welche Wirkung die Einwilligung des verletzten Ehegatten in den Ehebruch des Andern (bezw. dessen nachträgliche Verzeihung) auf die Strafbarkeit hat. Die eine Ansicht — und sie wird konsequenterweise von denen vertreten, welche in dem Ehebruch nur eine Verletzung des Treurechts sehen — legt der Einwilligung (einige auch der nachträglichen Verzeihung) eine solche Bedeutung bei, dass in diesem Falle überhaupt von einer strafbaren Handlung nicht die Rede sein könne.

Es wird für diese Ansicht auch auf die Bestimmung des § 1565 Abs. 2 B.G.B. hingewiesen, welche lautet: „Das Recht des Ehegatten auf Scheidung ist ausgeschlossen, wenn er dem Ehebruch oder der strafbaren Handlung zustimmt, oder sich der Teilnahme schuldig macht."

Eine mittelbare Einwirkung dieser Bestimmung ist insofern richtig, als künftighin keine Ehe mehr geschieden werden kann, wenn der verletzte Gatte erweislich dem Ehebruch zugestimmt hat; eine weitere Einwirkung auf den strafrechtlichen Standpunkt gegenüber dem Ehebruch ist absolut nicht einzusehen, wenn man nicht etwa anführen will, dass offenbar auch die Redaktoren des B.G.B. davon ausgingen, dass sich der Ehebruch nicht nur gegen das Recht des Ehegatten auf eheliche Treue richtet, und dass dies kein verzichtbares Recht sei, denn andernfalls wäre die Bestimmung des § 1565 selbstverständlich und überflüssig gewesen.

Anm. 11. Ebenso von Meyer S. 736; Geyer 2 S. 89; Oppenhoff § 172, Nr. 14; Rubo § 172 Nr. 6; Rüdorff-Stenglein § 172 Nr. 8; Hälschner Handbuch I, S. 708 folg. und im Gerichtssaal 22 S. 441 ff; Daude Diss. S. 25 und S. 45 ff.; Rüdorff Diss. S. 21; Weisbrod, die Sittlichkeitsdelikte S. 13; Schütze, notw. Teilnahme S. 345; Finger, d. strafr. Behandl. d. a. d. Ehebr. s. Gattin mitschuld. Ehegatten S. 6 ff.; Abegg, i. d. neuen sächs. Jahrb. 9 S. 1 ff.; Köhler, Strafantrag S. 49; Wächter bei Weiske (sub. Ehebr.) S. 589 und im Gerichtssaal 1868 S. 1 ff.; Entsch. d. R.G. in: E. 7, S. 298; 14, S. 202; 24, S. 119; R. 4 S. 277 und S. 793; bei Goltd. 37 S. 292 und 41 S. 386. — Vergl. auch die Motive zum Entwurf eines Str.G.B. f. d. preuss. Staaten von 1851, die in § 129 ausführen: „Die Gesetzgebung hat die Pflicht, die Heiligkeit der Ehe, als eine der Grundstützen des Staats, gegen gewissenlose und leichtsinnige Verletzung zu schützen, und eine Handlung zu bestrafen, welche die wichtigsten Interessen des Staats, der Familie und der öffentlichen Sittlichkeit gleichmässig gefährdet."

Die andere Ansicht, die in erster Linie die staatliche Institution als verletzt ansieht, räumt der Einwilligung bezw. der Verzeihung des Verletzten natürlich irgend einen Einfluss auf die Strafbarkeit nicht ein.

Zumeist wird der Streit damit abgethan, dass, da die Möglichkeit der Scheidung in diesem Falle wegfällt, auch von einer Bestrafung nicht die Rede sein könne.

Damit ist aber die Frage nicht aus der Welt geschafft; es ist sehr wohl möglich, dass der Ehebrecher, um die auch ihm erwünschte Ehescheidung zu erzielen, von dieser Einwilligung des andern Ehegatten im Ehescheidungsprozess nichts verlauten lässt, oder dass er nicht in der Lage ist, dieselbe nachzuweisen; schliesslich ist auch durchaus nicht ausgeschlossen, dass einmal ein falsches Urteil ergeht und rechtskräftig wird, das trotz der geltend gemachten Einwilligung des Verletzten die Ehescheidung ausspricht.

In all diesen Fällen kann den Angeklagten diese Einwilligung des andern Ehegatten in einen Ehebruch, auch wenn er im Stande ist, sie im Strafprozess zu beweisen, vor einer Strafe nicht schützen. Dies ist auch vom Reichsgericht in einer Reihe von Urteilen (vergl. oben Anm. 11) ausgesprochen worden, und besonders eingehend in der Entscheidung des III. Strafsenats vom 7. Juni 1886 (E. 14 S. 202 ff.) begründet.

Es wird ausgeführt: indem das Strafgesetz nur die Thatsache, dass die Ehe wegen des Ehebruchs geschieden sei, fordere, habe es die Geltendmachung derjenigen Thatsachen, welche dem begangenen Ehebruch die Wirkung eines gültigen Scheidungsgrunds nehmen, auf das Ehescheidungsverfahren beschränkt. Mittelbar sei diesen Thatsachen eine Einwirkung insofern gesichert, als das Vorhandensein derselben, im Eheprozess geltend gemacht, die Scheidung und damit auch eine nachfolgende Bestrafung verhindern. Seien sie aber im Scheidungsprozess nicht, oder ohne Erfolg geltend gemacht, so bleibe ihnen die Bedeutung für den Thatbestand des Vergehens des Ehebruchs versagt.

Die Geschlechtsvereinigung eines Ehegatten mit einer dritten Person bleibe Ehebruch, auch wenn sie mit Zustimmung des andern Ehegatten begangen oder von diesem verziehen worden sei, und es liege, wenn deshalb die Ehe geschieden worden sei, der volle

Thatbestand des § 172 Str.G.B. vor, gleichviel ob die Ehescheidung auf Grund einer der bezeichneten Thatsachen hätte versagt werden können oder müssen.

Eine weitere hiemit verwandte Frage, ob nicht die Einwilligung des verletzten Ehegatten Straflosigkeit jedenfalls insofern zur Folge habe, als durch sie das Antragsrecht aufgehoben werde, soll unten in Cap. 9 besprochen werden.

III.

Subjekt des Delikts ist sowohl der schuldige Ehegatte, als die dritte mit ihm konkumbierende Person, diese natürlich nur, sofern sie weiss, dass sie es mit einer verheirateten Person zu thun hat. Ist dies der Fall, so ist sie nicht Gehülfe, sondern Miturheber der Verletzungshandlung.

Vielfach wird die Ansicht vertreten, dass es sich beim Ehebruch um einen Fall der notwendigen Teilnahme handle.[12]) Dem ist nicht beizustimmen. Wenn auch die notwendige Teilnahme begrifflich nicht ein schuldhaftes Zusammenwirken aller Beteiligten voraussetzt, so erfordert sie doch sicherlich eine aktive Bethätigung derselben.[13])

Dies liegt aber beim Ehebruch nicht immer vor; man denke z. B. an den Fall, dass ein Ehemann eine fremde Frauensperson notzüchtigt.[14])

Aus der Fassung des Gesetzes: »Der Ehebruch wird an dem schuldigen Ehegatten, sowie dessen Mitschuldigen bestraft«, ist gefolgert worden,[15]) dass das Gesetz für die Bestrafung zwei schuldige Thäter voraussetze, dagegen wird zutreffend von Olshausen (Nr. 4 l. c.) eingewendet, dass dies selbst dann nicht zutreffen würde, wenn es sich um einen Fall der notwendigen Teilnahme handelte, geschweige denn hier, wo eine solche nicht einmal stattfinden muss.

Anm. 12. So Schütze Lehrb. S. 324 notw. Teiln. S. 346, 356; v. Meyer S. 185.

Anm. 13. So auch Olshausen (Comm. Vorbemerkg. z. T. I, III. Abschn. Nr. 11; a. A. v. Meyer S. 185.

Anm. 14. Ebenso Hälschner 2 S. 471; Olshausen § 172 Nr. 3; Binding Grundriss 2 S. 110; Liszt S. 378.

Anm. 15. Oppenhoff § 172 Nr. 5.

Der Ausdruck »Mitschuldiger« ist überhaupt kein technischer, und die Wendung »an dem schuldigen Ehegatten, sowie dessen Mitschuldigen« heisst nichts anderes als: an dem Ehegatten und an dem Mitthäter, soweit dieselben eine Schuld trifft.

Als Mitschuldiger kann nur derjenige bestraft werden, welcher mit dem Ehegatten den Ehebruch begangen hat, wegen dessen die Ehe geschieden wurde. Ob er im Ehescheidungsurteil namentlich bezeichnet ist, ist gleichgültig. War seine Person im Eheprozess bekannt, so muss er ja auf Grund des § 624 C.P.O. im Urteil genannt werden. [16])

In zahlreichen Fällen aber kann diese Person nicht ermittelt, der Ehebruch aber dennoch nachgewiesen werden (z. B. durch erfolgte Ansteckung, oder durch Schwangerschaft der ehebrecherischen Gattin u. dergl. m. s. u. [17]).

Jedoch dieser Umstand steht für den Fall der nachherigen Ermittlung des Mitschuldigen im Strafverfahren dessen Bestrafung durchaus nicht im Wege. Ja es wäre denkbar, dass ein anderer als der im Ehescheidungsurteil namhaft Gemachte als Mitschuldiger bestraft wird.

Man denke folgenden Fall: Die verehelichte X. wird während einer längeren Abwesenheit des Mannes schwanger; im Ehescheidungsprozess giebt sie als Schwängerer den A. an, welcher selbst die Aussage verweigert. Im Scheidungsurteil wird nun A. als der Mitschuldige bezeichnet, im Strafverfahren stellt sich jedoch heraus, dass nicht A., sondern B. während der kritischen Zeit mit

---

Anm. 16. § 624 C.P.O. bestimmt (mit Rücksicht auf § 1312 B.G.B., der die Eheschliessung zwischen dem wegen Ehebruchs Geschiedenen und dem Mitschuldigen verbietet): „Wird wegen Ehebruchs auf Scheidung erkannt und ergiebt sich aus den Verhandlungen mit welcher Person der Ehebruch begangen worden ist, so ist diese Person im Urteil festzustellen".

Anm. 17. Ein solcher Fall liegt auch der Reichsgerichts-Entscheidung vom 12. Febr. 1884 (R. 6 S. 107 ff.) zu Grunde, in der das Reichsgericht dieselbe Ansicht aussprach, wobei es ausführte: „Der § 172 spricht von Mitschuldigen schlechthin, nicht von Mitschuldigen, die im Ehescheidungsurteil als solche benannt sind. Die Vorschrift schliesst sich, die Verfolgung von dem Antrag abhängig machend, an § 63 Str.G.B. an, nach dem der Antrag nicht geteilt werden kann. Hätte es in der Absicht des Gesetzes gelegen, die Strafbarkeit des mitschuldigen Ehestörers davon abhängig zu machen, dass seine Person vom Ehescheidungsrichter kenntlich gemacht worden, so hätte dies ausdrücklich gesagt werden müssen".

der X. verkehrt hat: so ist kein Hindernis, den B. zu strafen, denn der Ehebruch, welcher die Ehescheidung herbeigeführt hat, ist von ihm begangen; dass der Civilrichter fälschlich eine andere Person als beteiligt bezeichnete, ändert daran nichts, da ja die Identität des maßgebenden ehebrecherischen Aktes feststeht.

A. aber kann nicht bestraft werden, selbst wenn er im Strafverfahren einräumt, zu einer andern Zeit, etwa erst nach der fraglichen Niederkunft mit der X. verkehrt zu haben; denn an der ehebrecherischen Handlung, wegen deren die Ehescheidung erfolgt ist, war er nicht beteiligt.[18])

Angenommen es wäre in diesem Prozess gar kein Mitschuldiger ermittelt worden, im Strafverfahren aber stellte sich heraus, dass A. und B. während der Empfängniszeit mit der X. geschlechtlich verkehrt haben, so kann keiner von beiden gestraft werden, denn die Ehe ist nur wegen des ehebrecherischen Akts geschieden, welcher dokumentiert ist durch die Geburt des Kindes. Nur wegen dieses Ehebruchs kann somit gestraft werden; ob das Kind aber von B. oder A. erzeugt ist, lässt sich nicht nachweisen; es sind somit beide freizusprechen.

Sind die beiden, den Ehebruch begehenden Personen verheiratet, so spricht man von Doppelehebruch (*adulterium duplex; Oberhurerey*). Es konkurieren dann die Antragsberechtigungen der beiden verletzten Ehegatten. — Sicher ist nun, dass, wenn nur einer der Verletzten seine Ehe scheiden lässt, und nachher Strafantrag stellt, die beiden Ehebrecher wegen dieses Ehebruchs bestraft werden können, auch wenn die Ehe des Mitschuldigen nicht geschieden wurde.[19]) Dies wird bestritten von Herbst[20]), welcher ausführt:

»Wenn die des Ehebruchs mitschuldige Person gleichfalls verheiratet ist, so scheint eine Bestrafung derselben nur dann

---

Anm. 18. Anders läge die Sache, wenn die Ehe einfach wegen des zwischen dem A. und der X. stattgehabten Geschlechtsverkehrs geschieden wäre, ohne Beschränkung auf spezielle Akte: In diesem Fall kann A. gestraft werden, denn dass der Strafrichter seine Überzeugung auf andere Beweise stützt, wie der Civilrichter, ist gleichgültig. Ebenso E. 15 S. 122; Olshausen Nr. 3; R. 8 S. 797 Entsch. des Ob.-Trib. bei Oppenhoff 6 S. 403 und 14 S. 697, sowie bei Stenglein 4 S. 313; anderer Ansicht Entsch. bei Oppenhoff 15 S 708.

Anm. 19. So Olshausen § 172 Nr. 8 Abs. 5; Hälschner 2 S. 473; Oppenhoff Nr. 13; Rubo Nr. 5; Schwarze Nr. 6; Frank § 172 Nr. III.

Anm. 20. Handb. d. allg. österr. Str.R. § 503 Nr. 5 (Bd. 2 S. 243).

eintreten zu können, wenn auch ihr Ehegatte es verlangt, da es das Gesetz als ein Recht des beleidigten Ehegatten erklärt, die Bestrafung seines des Ehebruchs schuldigen Ehegenossen zu verlangen oder nachzusehen.«

Herbst verkennt dabei, dass der verheiratete Mitschuldige hier nicht wegen des seinem Ehegatten gegenüber begangenen Ehebruchs bestraft wird, sondern wegen seiner Beteiligung an dem Ehebruch eines dritten, einem fremden Ehegatten gegenüber; er wird ja hier nicht als Ehebrecher, sondern als Mitschuldiger bestraft. Von einem Rechte seines Ehegatten auch wegen dieses Ehebruchs ihm Straflosigkeit zuzusichern, kann nicht die Rede sein.

Wenn aber für den Fall, dass beide Ehen geschieden wurden und die beiden verletzten Ehegatten Strafantrag stellen, gesagt wird, der Antrag des einen schliesse das Recht des andern aus, so ist dem nur insoweit beizustimmen, dass allerdings, wenn auf Grund des von dem einen der Verletzten gestellten Strafantrags eine Verurteilung oder Freisprechung erfolgt ist, gemäss dem Grundsatz *ne bis in idem* ein Erfolg durch den Antrag des andern nicht mehr zu erzielen ist; aber wenn, was gerade beim Strafverfahren wegen Ehebruchs verhältnismässig häufig der Fall ist (vergl. unten die Statistik in Cap. 14) in dem ersten Strafprozess — etwa weil der Antrag nicht rechtzeitig gestellt wurde oder weil eine gültige Ehescheidung zur Zeit nicht vorliegt — gemäss § 259 Str.P.O. Einstellung des Verfahrens erfolgt ist, so steht nichts im Wege, auf Grund der Antragstellung des anderen verletzten Ehegatten später ein neues Verfahren zu eröffnen.

IV.

Die Handlung besteht in der Vollziehung des Beischlafs. Dieser ist für das Strafrecht als vollendet anzusehen mit der erfolgten Vereinigung der Geschlechtsteile; der Ausfluss des Samens als nicht mehr in der Willkür des Handelnden stehend, gehört schon zum Erfolg.[21])

Anm. 21. S. auch Wächter b. Weiske, S. 588, u. i. s. Lehrb. T. 2 § 211 Nr. 55. — Die Frage der Vollendung dieses Delikts war früher sehr bestritten, weshalb einige Ges. b. (z. B. d. württ.) d. Zeitpunkt des Eintritts der Vollendung ausdrücklich fixierten (s. a. Finger S. 4 A. 3).

Wenn die Juristen früherer Zeiten für die Vollendung des Delikts meist den Nachweis der *emissio* oder *immissio seminis* verlangten, so geschah dies hauptsächlich von seiten der Kriminalisten, um die Fälle möglichst zu verringern, in denen man von den allzu strengen Strafen Gebrauch machen musste, mit denen frühere Rechte den Ehebruch bedrohten, von seiten der Kanonisten in der Absicht, die *seperatio perpetua quoad torum et mensam* zu erschweren.[22])

Andererseits genügt Berührung der Geschlechtsteile nicht;[23]) es ist darin nur ein nach dem geltenden Rechte nicht strafbarer Versuch des Ehebruchs zu sehen.[24])

Auch durch unzüchtige beischlafsähnliche Handlungen, sowie durch widernatürliche Unzucht wird der Thatbestand des § 172 nicht verwirklicht; wenn auch infolge derselben gemäss §§ 1565 oder 1568 B.G.B. die Ehe geschieden wurde.[25])

Anm. 22. So auch v. Meyer S. 735; Anm. 9 Wächter; Entscheidung des Reichsgerichts in Civilsachen 9 S. 189.

Anm. 23. So heute die allgemeine Ansicht vergl. bes. E. 4 S. 23, 7 S. 298, 14 S. 202; R. 4 S. 787; R.G. in Civ.S. 9 S. 189, 38 S. 181 und b. Seuffert 52 S. 294; v. Meyer S. 735; Olshausen § 172 Nr. 1, § 173 Nr. 1; Mainzer S. 22; Finger S. 4.

Anm. 24. Da der Ehebruch vom Gesetz mit Gefängnis bis zu 6 Monaten bedroht ist, so ergiebt sich unter Berücksichtigung der §§ 1 Abs. 2, 43 Abs. 2 Str.G.B., dass der Ehebruch ein Vergehen und der Versuch desselben, da vom Gesetz nicht ausdrücklich mit Strafe bedroht, straflos ist.

Anm. 25. Vergl. dazu bes. Villnow im Gerichtssaal Bd. 30 S. 126, der ausführt: Durch widernatürliche Unzucht und dergl. würde zwar das Verhältnis zwischen Mann und Weib überhaupt, welches ja auch in jeder Ehe erhalten werden soll, verletzt werden, aber nicht das besondere Verhältnis zwischen diesem Mann und dieser Frau. Denn der Inhalt dieses besonderen Verhältnisses geht auf Enthaltung von andern Männern seitens der Frau, von andern Frauen seitens des Manns.

Zweifelhaft aber ist es, ob der Ehebruch nur durch Beischlaf begangen werden kann, oder ob auch andere widernatürliche oder unnatürliche, unzüchtige Handlungen genügen. Solche Handlungen sind zweifellos der Sittlichkeit überhaupt und insbesondere der Ehe nicht gemäss, allein entgegen ist nur der ausserehelliche Beischlaf. Wenn also das Gesetz nur den Bruch der Ehe für strafbar erklärt, so wird darunter nur der ausserehelliche Beischlaf zu verstehen sein.

V.

Der Vorsatz erfordert das Bewusstsein des Thäters, dass er selbst oder der andere Teil, mit dem er den Beischlaf vollzieht, verheiratet ist, sowie den Willen, die natürliche, geschlechtliche Beiwohnung zu vollziehen.

Die Annahme der Einwilligung des verletzten Ehegatten und der daraus resultierenden Straflosigkeit, bezw. eines sich aus der Einwilligung ergebenden Verlustes des Antragsrechts stellt sich als Irrtum über das Strafgesetz dar und schliesst somit den Vorsatz nicht aus.[26])

Dagegen wird der *dolus* durch die Annahme, dass die betreffende Ehe nichtig sei, ausgeschlossen, ebenso durch den Irrtum des verheirateten Teils, der den Beischlaf für einen ehelichen hält.

Welche Stellung hat nun der Ehegatte einer verschollenen und vom Gericht für tot erklärten Person? Durch die Todeserklärung allein wird nach den Bestimmungen des B.G.B. (§ 1348, Abs. 2) die betreffende Ehe nicht aufgelöst, der überlebende Ehegatte, welcher mit einer dritten Person den Beischlaf vollzieht, macht sich daher trotz der Todeserklärung eines Ehebruchs schuldig, wenn er weiss, dass die für tot erklärte Person noch am Leben ist. Im Falle seiner Wiederverheiratung ist zu unterscheiden: wissen beide Nupturienten, dass der für tot Erklärte noch lebt, so ist nach § 1348 die neue Ehe nichtig und beide Ehegatten machen sich durch die Beischlafvollziehung des Ehebruchs schuldig; ist dagegen auch nur einer der beiden Ehegatten bei Schliessung der neuen Ehe in gutem Glauben, so ist die alte Ehe aufgehoben; es kann daher von einem Ehebruch in diesem Falle nicht mehr die Rede sein.

Ebenso liegt der Fall bei der Doppelehe: sind beide Personen, welche die zweite — nichtige — Ehe eingegangen haben, von Anfang an nicht in gutem Glauben, so liegt von der ersten Beischlafsvollziehung an Ehebruch in Realkonkurrenz mit Bigamie vor. Andernfalls beginnt die Strafbarkeit für jeden der beiden mit dem Augenblick, da sie das Bestehen der ersten Ehe erfährt.

Anm. 26. A. A. Binding Grundriss 2 S. 111 und Kessler im Gerichtssaal Bd. 38, S. 575; wie oben das R.G. i. d. Entsch. v. 10. Sept. 1893 b. Goltdammer Bd. 41 S. 386.

Eine Bestrafung ist natürlich in all diesen Fällen nur insoweit möglich, als die Schuldigen sich nicht in einem Irrtum über die Gültigkeit der neuen Ehe befinden.

Daran ändert sich auch nichts, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht, da ein culposer Ehebruch nicht strafbar ist.[27])

VI.

Es wird allgemein zugegeben, dass eine solche Ehe die Grundlage für einen strafbaren Ehebruch nicht bilden kann, die von dem massgebenden Civilrecht als rechtlich nicht existierend angesehen wird, und demgemäss auch zu ihrer Beseitigung nicht erst eines gerichtlichen Erkenntnisses bedarf; man denke z. B. an die sog. wilde, die Putativehe, an eine nicht nach den Formvorschriften des § 1317 B.G.B. geschlossene und nicht in das Heiratsregister eingetragene Ehe.[28])

Ein strafrechtlich relevanter Ehebruch kann vielmehr nur in einer Ehe begangen werden, die wenigstens formelle Gültigkeit besitzt.[29])

Jedoch eine solch formell gültige Ehe wird von manchen Schriftstellern noch nicht als genügende Basis angesehen, dieselben verlangen vielmehr neben der formellen auch materielle Gültigkeit der Ehe, verneinen somit die Möglichkeit eines Ehebruchs bei einer nichtigen oder anfechtbaren Ehe.[30])

Anm. 27. A. A. Goltd.: Mat. Bd. II, S. 285; aufs entschiedenste verneint die Möglichkeit eines culposen Ehebruchs Wächter b. Weiske S. 589.

Anm. 28. S. R. 8, S. 277 vergl. auch Daude S. 27; Wächter b. Weiske 3 S. 587. — Nach römischem Recht war auch bei der Putativehe der Ehebruch strafbar (l. 13 § 4 c. 9, 9).

Anm. 29. So R. 8, S. 277; v. Meyer S. 735; Oppenh. Nr. 2; Rüdorff Nr. 2; Schwarze, Commentar Nr. 1 und in Holtzendorfs Handb. 3, S. 299; Frank Nr. 1; Schütze S. 325; Wahlberg in Holtz. Rechtslexikon sub. Ehebruch; Rubo Nr. 1; F. Meyer Nr. 1, vergl. auch d. Bestimmung d. Str.G.B. f. d. Kgr. Sachsen v. 1855, Art. 261: „Der Ehebruch setzt eine nach gesetzlichen Formen eingegangene und noch nicht durch die zuständige Behörde für getrennt oder für nichtig erklärte Ehe voraus".

Anm. 30. So Daude S. 8 ff.; Mainzer S. 23 ff.

Eine dritte Ansicht bestreitet ebenfalls die Möglichkeit des Ehebruchs bei der nichtigen Ehe und stellt die anfechtbare der vollgültigen Ehe gleich.[31])

Von den Vertretern der beiden letzten Ansichten wird vorgebracht, dass, da die nichtige bezw. auch die anfechtbare Ehe, solange der Verletzte ein Anfechtungsrecht hat, nur formell bestehen, diese Ehen nur in ihrer Form, z. B. durch die Bigamie, verletzt werden können, und nicht materiell. Beim Ehebruch werde aber gerade die materielle Verletzung der Ehe bestraft.

Diese Beweisführung ist aber nicht überzeugend. Der § 172 will im Interesse der Ehe als einer der wichtigsten Grundlagen aller rechtlichen und sozialen Ordnung jede auch nur formell bestehende Ehe solange geschützt wissen, als sie vom Recht überhaupt als eine Ehe behandelt wird und zu ihrer Auflösung unter Lebenden einer urteilsmässigen Deklarierung bedarf.

Dies ist aber nötig in allen Fällen der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit einer Ehe, abgesehen von dem schon oben erwähnten Ausnahmefall einer unter Verletzung des § 1317 B.G.B. geschlossenen und nicht in das Heiratsregister eingetragenen Ehe.

Die Ehegatten haben auch, wenn sie die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit kennen, das Bestehen der Ehe zu achten, bis die gesetzlich erforderte förmliche Auflösung erfolgt ist. (Entsch. d. R.G. v. 12. April 1886: R. 8, S. 277.)

Villnow (i. Ger.-S. Bd. 30, S. 120) ist der Ansicht, dass es der Billigkeit widerspreche, dass, wer aus Unkenntnis eine incestuose Ehe eingegangen ist, durch anderweitigen Beischlaf die Treue brechen sollte, während ihm doch der Beischlaf mit seinem Ehe-

---

Anm. 31. So Olshausen Nr. 2; Binding Grdrss. 2, S. 110; Geyer Grdrss. S. 89; Liszt S. 410; Hälschner 2, S. 470 und Gerichtssaal 22, S. 441; Berner S. 453; Villnow i. Gerichtssaal 30, S. 121; Merkel S. 367. — Ein Grund hier zwischen der anfechtbaren und nichtigen Ehe zu unterscheiden, leuchtet übrigens nicht ein; richtig ist ja, wie Olshausen bemerkt, dass die anfechtbare Ehe sobald der Anfechtungsberechtigte es unterlässt, von seinem Recht Gebrauch zu machen, auch materiell besteht. Mit diesem Augenblick hört sie aber überhaupt auf, anfechtbar zu sein; solange jedoch diese Frage nicht entschieden ist, d. h. solange der Berechtigte es in der Hand hat, durch die Stellung der Anfechtungsklage die Auflösung der Ehe zu bewirken, steht sie der nichtigen Ehe hinsichtlich der hier in Betracht kommenden Momente völlig gleich.

gatten bei Strafe verboten sei, oder dass die zur Eingehung einer Ehe Gezwungene gehalten sein sollte, dem Zwingenden die Treue zu bewahren.

Dem ist zu entgegnen, dass es ja in diesen beiden Fällen die Ehegatten in der Hand haben, die Auflösung der Ehe zu erlangen; solange sie dies aber nicht thun, haben sie dasjenige Verhalten zu beobachten, das der Staat im Interesse der sittlichen Ordnung von jedem Verheirateten verlangt. Auch scheint es der Billigkeit noch viel weniger zu entsprechen, wenn man demjenigen, der in einer solchen Ehe lebt, dafür, dass er die Ungültigkeit oder Nichtigkeit vorerst nicht geltend macht, das Privileg erteilte, straflos die Ehe zu brechen.

Als weiteren Grund führen die Gegner an, da das Gesetz nicht, wie bei der Bigamie, auch eine nichtige oder ungültige, aber noch nicht für nichtig erklärte Ehe als genügende Voraussetzung bestimmt habe, so müsse aus dem Fehlen dieser Bestimmung beim Ehebruch geschlossen werden, dass bei diesem eine gültige Ehe gefordert wird.

Diese Folgerung ist jedoch unzutreffend. Das Gesetz verlangt einfach, dass die Ehe wegen dieses Ehebruchs geschieden worden ist; danach nur hat der Strafrichter zu sehen. Die Frage, ob die Ehe seinerzeit derartig war, dass eine Nichtigkeitserklärung hätte erfolgen sollen oder können, bleibt gegenüber dem rechtskräftigen und nicht weiter angefochtenen Scheidungsurteil völlig ausser Betracht.[32])

Daude[33]) weist darauf hin, dass das Gesetz verlange, dass die Ehe geschieden sei, dass aber eine nichtige Ehe nie geschieden, sondern stets für nichtig oder ungültig erklärt werde, dass es unmöglich sei, eine Ehe wegen Ehebruchs für nichtig oder ungültig zu erklären, dass somit von denen, die eine nur formell gültige Ehe für genügend erachten, Anwendung des Strafgesetzes auf einen Thatbestand gefordert werde, der nie vorkomme.

Anm. 32. Auf demselben Standpunkt steht ein Urteil des Obertribunals zu Berlin bei Goltdammer 8, S. 270.

Anm. 33. Ebenso Goltdammer Mat. z. preuss. Str.G.B. II, S. 381.

Es ist ihm insoweit zuzustimmen, dass, wenn eine Ehe für nichtig erklärt ist, natürlich von einer Bestrafung nicht mehr die Rede sein kann, denn in diesem Fall ist die Ehe nicht geschieden.[34])

Auch wenn nach der Ehescheidung später die Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage mit Erfolg angestellt wird, ist eine Bestrafung nicht möglich, denn dann gilt die Fiktion, dass die Ehe nie bestanden habe, es wird somit auch das entstandene Ehescheidungsurteil gegenstandslos. Daude übersieht aber den Fall, dass eine Ehe durch Richterspruch wegen Ehebruchs geschieden wurde, und nur im Strafverfahren die Thatsachen zur Sprache gebracht werden, die eine Nichtigkeitserklärung der Ehe gerechtfertigt hätten.

Kann sich in diesem Falle der Angeklagte mit Erfolg darauf berufen, dass diese Ehe richtigerweise für nichtig hätte erklärt werden müssen und nicht geschieden werden durfte? Auf diese Frage haben wir, wie oben erörtert, verneinend zu antworten.

Schliesslich ist noch zu bemerken, dass von Ehegatten, deren eheliche Gemeinschaft auf Grund einer Klage aus § 1575 B.G.B. durch Urteil aufgehoben ist, mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 1586 B.G.B. ein strafbarer Ehebruch nicht mehr begangen werden kann, es sei denn, dass sie nachher die eheliche Gemeinschaft thatsächlich wieder hergestellt haben, denn eine Scheidungsklage können sie gemäss § 1574 B.G.B. nur auf das Aufhebungsurteil stützen, nicht auf neue Gründe, also auch nicht auf einen nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft begangenen Ehebruch.

Ohne diese Bestimmung des B.G.B. wäre natürlich auch nach Trennung von Tisch und Bett ein Ehebruch begrifflich sehr wohl denkbar.[35])

Eine Ehe ist durch Scheidungsurteil erst mit dessen Rechtskraft aufgelöst; vollzieht also ein Ehegatte nach Verkündigung des

---

Anm. 34. A. A. Schwarze, Comm. § 172 Nr. 2, der ausführt, die Nichtigkeitserklärung sei eine Art von Scheidung, neben welcher die Feststellung eines Ehebruchs denkbar sei. Von der Bestrafung des Ehebruchs in einem solchen Fall kann aber natürlich *de lege lata* nicht die Rede sein.

Anm. 35. Olshausen Nr. 8, Abs. 4; Endemann 2, § 168; s. a. Daude S. 12; ebenso f. d franz. R. Dallozet et Vergé § 336 Nr. 28. — Ehegatten, die ohne Richterspruch nur thatsächlich das eheliche Zusammenleben aufgehoben haben, sind selbstverständlich taugliche Subjekte des Delikts.

Scheidungsurteils aber vor Eintritt der Rechtskraft desselben den Beischlaf mit einer fremden Person, so liegt, im Falle das Scheidungsurteil in der höheren Instanz aufgehoben wird, objektiv ein Ehebruch vor. Ebenso verhält es sich, wenn ein rechtskräftig gewordenes Scheidungsurteil mit Erfolg mit der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage angefochten wird: Es gilt dann die Ehe als nie zu Recht aufgelöst; der Ehegatte, welcher die Ungültigkeit des Scheidungsurteils kannte, kann also auch noch nach Eintritt der Rechtskraft desselben einen strafbaren Ehebruch begehen. (Vergl. auch Planck i. d. Juristenzeitung Jahrg. IV, S. 38.)

VII.

Das Gesetz erklärt einen Ehebruch nur dann für strafbar, wenn die Ehe »wegen desselben« geschieden worden ist.

Derselbe muss also in dem die Scheidung aussprechenden Urteil als Grund oder als einer der Gründe bezeichnet sein, die zur Scheidung geführt haben.[36])

Bestrafung ist nach der allgemeinen Ansicht keinesfalls angängig, wenn der Ehebruch nur im Urteil festgestellt und die Ehescheidung wegen irgend eines andern Grunds (etwa wegen versuchten Ehebruchs gemäss § 1568 B.G.B.) erfolgt ist.[37])

Ist die Ehe wegen verschiedener Ehebrüche geschieden, so steht nichts im Weg, auch die verschiedenen Ehebrüche strafrechtlich zu verfolgen, sofern der verletzte Ehegatte Strafantrag wegen der mehreren Delikte gestellt hat.[38])

Anm. 36. Vergl. auch R. 4, S. 522 und Oppenheim, Zeitschr. 4, S. 490.

Anm. 37. Auch die früher viel umstrittene Frage, ob die Scheidung wegen verdächtigen Umgangs genügt, die übrigens heute, da das B.G.B. eine Scheidung wegen Ehebruchs auf Grund verdächtigen Umgangs nicht kennt, ohne praktische Bedeutung ist, wäre verneinend zu beantworten, da unbedingt daran festzuhalten ist, dass auch der Ehescheidungsrichter den Ehebruch als erwiesen angenommen haben muss. Ebenso Olshausen; v. Meyer S. 736; Rubo 159; Mainzer S. 23; Binding Grdrss. 2, S. 111; Wilmowski und Levy Comm. § 580 Nr. 4; a. A. Obertrib. b. Goltd. 8, S. 560; 10, S. 55; 19, S. 811; sowie das Reichsger. in zahlreichen Entsch. s. z. B. E. 4, S. 352; 21, S. 21; R. 4, S. 138.

Anm. 38. Sind zwar mehrere Ehebrüche die Grundlage der Scheidungsklage, aber nur einer davon die Grundlage des Scheidungsurteils, so kann nach den oben erörterten Grundsätzen auch nur dieser eine zum Gegenstand der Bestrafung gemacht werden. Vergl. Obertrib. b. Goltd. 8, S. 271; 12, S. 533.

Es ist aber zweifellos nicht richtig, unter Berufung auf die Unteilbarkeit des Antrags zu verlangen, dass entweder wegen der sämtlichen Ehebrüche oder wegen keines derselben gestraft wird; es handelt sich hier doch um verschiedene, rechtlich völlig selbständige Delikte. Es steht vielmehr dem verletzten Gatten frei, auch nur wegen eines dieser Delikte Strafantrag gegen den ehebrecherischen Gatten und den Mitschuldigen zu stellen.

Dabei ist der Strafrichter an das Ehescheidungsurteil nur insofern gebunden, dass er sich allein an den als Ehescheidungsgrund bezeichneten Ehebruch oder ehebrecherischen Verkehr zu halten hat; auch wenn der Civilrichter denselben für erwiesen erachtete, so entbindet dies den Strafrichter nicht von der Verpflichtung, die That aufs neue zu untersuchen; und wenn er sie im Gegensatz zu der Ansicht des Ehescheidungsgerichts nicht für erwiesen erachtet, so hat er den Angeklagten freizusprechen.

Ausser seiner Verpflichtung, die Thatfrage von neuem zu untersuchen, erstreckt sich sein Prüfungsrecht dem Civilurteil gegenüber nur darauf, ob dasselbe die Ehe wegen eben dieses Ehebruchs geschieden hat, und auf die formelle Gültigkeit und Rechtskraft desselben. Ob es auch materiell berechtigt war, ob die Ehe statthafterweise wegen des betreffenden Ehebruchs hätte geschieden werden dürfen, hat er nicht zu untersuchen.[39])

Neues kann er dem Ehescheidungsurteil gegenüber nur insofern ermitteln und berücksichtigen, als es die Mitschuldigen des betreffenden konkreten Ehebruchs anbelangt. Ob sie überhaupt, oder ob sie richtig im Eheprozess ermittelt wurden, ist für ihn gleichgültig (s. o. in Cap. III). Denn — wie das R.G. in der Entsch. v. 12. Febr. 1884 ausgeführt hat (R. 6, S. 107 ff.) — der in Rede stehende Ehescheidungsgrund liegt in dem Ehebruch, dessen sich ein »Ehegatte« schuldig macht.

Der wesentliche Inhalt der dem Ehescheidungsrichter obliegenden Prüfung betrifft also die Frage, ob der beklagte Ehegatte sich des Ehebruchs schuldig gemacht hat, nicht wer als Mitschuldiger anzusehen sei. Es bleibt für ihn lediglich eine Beweisfrage, ob er ohne Kenntnis der Person eines Mitschuldigen den Ehebruch

Anm. 39. Ebenso Obertrib. b. Goltd. 3, S. 400 und 702; sowie R.G.: E. 14, S. 203.

für überzeugend dargethan erachten will, oder nicht. Er ist rechtlich ungehindert wegen Ehebruchs zu trennen, wenn der Name eines dabei beteiligten Dritten überhaupt nicht zur Sprache gekommen, oder der dieserhalb Verdächtige nicht überführt, oder etwa aus besonderen Gründen nicht für mitschuldig in strafrechtlichem Sinne (etwa wegen Vergewaltigung, Täuschung, Geistesstörung und dergl. mehr) erachtet wird.

Binding (Grundriss 2, S. 111, Nr. 6) führt aus, dass das Erfordernis der vorgängigen Ehescheidung sich nicht auf die Fälle beziehe, wo ein Ehegatte schuldloser Teilnehmer am Ehebruch werde (z. B. durch Notzucht), dies gehe schon aus der Fassung an dem »schuldigen« Ehegatten, sowie dessen Mitschuldigen klar hervor. Gegen solche Ehebrecher sei der Antrag auch bei Fortdauer der Ehe statthaft.

Das Gesetz giebt aber keine Handhabe, von dem Erfordernis der vorgängigen Ehescheidung im einzelnen Falle abzusehen.

Die Ehe muss ferner nach § 172 wegen dieses Ehebruchs »geschieden« sein; es ist also erforderlich ein Urteil, welches die Ehe dem Bande nach trennt; dies ist aber nicht der Fall, wenn auf — zeitweilige oder ständige — Trennung von Tisch und Bett (Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft B.G.B.) erkannt wird.[40]) Olshausen begründet seine entgegenstehende Ansicht folgendermaßen: »Geschieden ist nicht gleichbedeutend mit aufgelöst, bezeichnet vielmehr jede gerichtliche Trennung der Ehe, nicht bloß diejenige dem Bande nach, sondern auch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft im Sinne des § 1575 B.G.B., der Begriff geschieden nach § 172 Str.G.B. ist daher ebenso wie in § 639 C.P.O. weiter, als nach B.G.B., nach dessen § 1575 Scheidung und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in einem Gegensatz zu einander stehen, während Scheidung im Sinne des § 172 Str.G.B. auch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft umfasst«. — Dieser Ausführung ist nicht beizutreten; die Scheidung steht, wie Olshausen zugiebt, in direktem Gegensatz zur Trennung von Tisch

---

Anm. 40. Ebenso v. Meyer S. 736 Nr. 16; Berner S. 445; Hälschner 2 S. 471; F. Meyer Nr. 4; Oppenh. Nr 12; Schwarze in Holtz. Handb. 3, S. 298; Mayer-Reis Familienrecht § 1 Anm. 5; Mainzer S. 27; a. A. Olshausen Nr. 7; Reber S. 204; Rüdorff-Stenglein Nr. 5; Frank § 172 Nr. III.

und Bett. Die von Tisch und Bett Getrennten können jederzeit auf Scheidung klagen und können andererseits auch jederzeit formlos das eheliche Leben und damit die vollgültige Ehe wieder fortsetzen, es besteht also, wenn eine derartige Trennung ausgesprochen ist, die Ehe rechtlich immer noch weiter, und es ist ihre Erhaltung zu erhoffen; diese Aussicht ist aber vernichtet, wenn der schuldige Gatte unterdessen auf Antrag des anderen bestraft worden ist; und gerade die Rücksicht auf die eventuelle Erhaltung der Ehe war es ja, die den Gesetzgeber veranlasst hat, die Strafverfolgung erst nach der Scheidung zuzulassen.

Der von Olshausen angezogene § 639 C.P.O. stellt die Scheidung und die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht gleich, sondern ordnet nur für die beiden ihrer Natur nach einander ähnlichen Klagen das gleiche Verfahren an; diese Bestimmung wäre völlig überflüssig, wenn man nicht davon ausginge, dass sich Scheidung und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gegenüberstehen.

Die Olshausen'sche Ansicht überschreitet die Grenze der extensiven Interpretation, es ist darin vielmehr eine für das Strafrecht unzulässige, analoge Anwendung der Strafbestimmung des § 172 zu sehen.

Schliesslich ist noch zu erwähnen, dass das Ehescheidungsurteil rechtskräftig geworden sein muss; stirbt also einer der Ehegatten vor Eintritt der Rechtskraft desselben, so ist die Ehe als durch den Tod aufgelöst anzusehen und ein Strafverfahren wegen Ehebruchs unmöglich. (Vergl. Oppenh. 9, S. 735.)

VIII.

Viel erörtert ist die Frage, als was das Erfordernis der vorgängigen Ehescheidung zu betrachten ist.[41]) Gehört dieselbe zum Thatbestand des Ehebruchs? Ist darin eine ausserhalb desselben liegende weitere Bedingung der Strafbarkeit oder eine Bedingung der Strafverfolgung (Prozessvoraussetzung) zu sehen? — Die erste dieser Ansichten, dass die vorgängige Ehescheidung zum Thatbestand

Anm. 41. Vergl. zu dieser Frage bes. Daude S. 13 ff. und F. Rüdorff Diss. S. 9 ff.

gehöre, wird hauptsächlich vertreten von Schwarze, Rüdorff-Stenglein und von Berner.[42])

Die zweite diesem Standpunkt nahestehende Ansicht, die in der Ehescheidung eine weitere Bedingung der Strafbarkeit sieht, ist ausgesprochen in einer Anzahl von Entscheidungen des Obertribunals; sie wird des weiteren geteilt von Binding, Meyer, Liszt u. a.[43])

Die Vertreter dieser letzteren Ansicht gehen im Gegensatz zu der ersteren davon aus, dass zwar in einer Anzahl von Fällen nicht gestraft werden kann, wenn auch eine schuldhafte, rechtswidrige, mit Strafe bedrohte Handlung vorliegt, solange nicht gewisse andere von dem Thatbestand des Delikts völlig unabhängige Voraussetzungen hinzutreten, dass es aber dennoch unangebracht erscheint, derartige äussere Umstände, die mit der verbrecherischen Handlung selbst und deren einzelnen Bestandteilen durchaus nichts zu thun haben, als Thatbestandsmerkmale zu bezeichnen; vielmehr sprechen sie hier von weiteren Bedingungen der Strafbarkeit (doppelt bedingte Strafrechte: Binding).

Die Ansicht ist insofern völlig richtig, als sie anerkennt, dass es verfehlt ist, Momente wie die Ehescheidung, deren Herbeiführung auf dem freien Willen des Verletzten beruht, in den Thatbestand des Vergehens aufzunehmen (Fischer i. Ger.S. 31, S. 61 ff., so auch E. 22 S. 137 u. unt.[44]).

Anm. 42. S. Schwarze Comm. § 172, ferner in Holtz. Handb. III, S. 297, 300, sowie im Gerichtssaal Bd. 24, S. 67; Rüdorff-Stenglein § 172, Nr. 4; Berner S. 453, vergl. auch Entsch. d. Obertrib. Bd. 71, S. 370, sowie Berichte der Commission zur Prüfung des Entwurfs eines Str.G.B. f. d. preuss. Staaten (Berlin 1851) Nr. 86.

Anm. 43. Vergl. die Urteile bei Goltd. 9, S. 707 und 17, S. 294; Oppenh. 10, S. 34; v. Meyer S. 297, 736; Liszt S. 173, 174, 378; Binding Normen I S. 330, II S. 464; Rüdorff Diss. S. 24. — Dieser Ansicht nahe steht Stein (das private Wissen des Richters, S. 126 Anm. 55), der ausführt: „Dass die Ehe wegen Ehebruchs geschieden ist, bildet eine Prozessvoraussetzung: es ist sonst keine Anklage statthaft; dass sie aber wegen dieses Ehebruchs geschieden ist, der sich als Ergebnis der Verhandlung darstellt, ist Bedingung der Strafbarkeit".

Anm. 44. Aus diesem Grund erscheint es auch nicht richtig, wenn von manchen die §§ 102, 103, 139, 210 und 227 Str.G.B. hier vergleichend beigezogen werden; denn in all diesen Fällen verletzt die eigentliche grundlegende Handlung Niemandens Recht, es geschieht dies vielmehr erst durch Hinzutreten eines vom Willen und Verschulden des Betreffenden unabhängigen Ereignisses; beim Ehebruch aber liegt von Haus aus eine Verletzung des geschützten Objekts vor, ohne dass ein weiteres Erfordernis erfüllt zu werden braucht (Daude S. 36).

Sie verkennt jedoch, dass auch eine solche zweite Bedingung des Strafrechts stets zur Zeit des Delikts vorhanden sein muss, damit klar werde, ob ein Strafrecht entstanden ist oder nicht, dass es ein successiv bedingtes Strafrecht nicht giebt (Binding, Handb. I, S. 601), und führt so zu demselben unrichtigen Resultat wie die erste Ansicht, dass nämlich ein staatlicher Strafanspruch erst mit dem Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils entsteht, dass der Ehebruch vorher strafrechtlich irrelevant ist.

Auf den ersten Anblick erscheint die Ansicht das Richtige zu treffen, welche sagt, das Gesetz bestimme, nur der Ehebruch sei strafbar, wegen dessen die Ehe geschieden sei.

Das Irrige leuchtet aber ein, wenn wir das Zustandekommen des § 172 und seine Vorgeschichte[45]) betrachten.

Das erste Recht, welches in Deutschland die Ehescheidung bei einer Bestrafung des Ehebruchs berücksichtigte, war das preussische Landrecht (Teil II, Tit. 20, §§ 1061—1063); dasselbe ordnet eine kriminelle Bestrafung des Ehebruchs an, wenn infolge desselben eine Trennung der Ehe erfolgt sei.

Das Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten vom 14. April 1851 hat diesen Gedanken, der sich auch in sämtlichen dem Gesetz vorausgehenden Entwürfen befindet, weiter ausgeführt, mit der Begründung, dass es im Interesse der Erhaltung der Ehe angebracht sei, mit der Bestrafung des schuldigen Ehegatten abzuwarten, bis die Ehe geschieden sei.

Man war sich über die deliktische Natur des Ehebruchs an und für sich völlig klar, und verschob nur aus Zweckmässigkeitsgründen dessen strafrechtliche Ahndung. Dies ergiebt sich schon aus dem Wortlaut des § 140 jenes Strafgesetzbuchs, welcher bestimmt: Der Ehebruch wird, wenn »wegen dieses Vergehens« die Ehe geschieden ist .... bestraft.[46])

Anm. 45. Vergl. dazu bes. Fischer i. Ger.S. Bd. 31, S. 61 ff.

Anm. 46. Noch schärfer tritt die Auffassung in der Fassung des Entwurfs von 1847 hervor, der in § 166 bestimmt: Der Ehebruch wird . . . bestraft, und im nächstfolgenden Paragraphen: eine Bestrafung des Ehebruchs findet nur statt, wenn wegen dieses Verbrechens auf Ehescheidung oder auf Trennung von Tisch und Bett erkannt ist.

Damit hat der Gesetzgeber klipp und klar gesagt, dass der Ehebruch als solcher schon als Vergehen, d. h. als eine strafbare Handlung anzusehen ist.[47])

Diese Bestimmung ist wörtlich in den Friedberg'schen Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den norddeutschen Bund herübergenommen worden; wenn man nun in der Kommission des Bundesrats an die Stelle der Worte »wegen dieses Vergehens« die Worte »wegen desselben« gesetzt hat, so war dies sicherlich nur als Änderung sprachlicher Natur gedacht,[48]) sonst hätte man wohl auch die diesbezügliche Bemerkung der Motive geändert, welche lediglich (auf S. 100) auf die Bestimmung des preuss. Str.G.B. verweisen, die wörtlich wiederholt sei.

Man stand hinsichtlich der Bestrafung des Ehebruchs völlig auf dem gleichen Standpunkt, wie die voraufgehenden deutschen Partikulargesetzgebungen, die den Ehebruch im Interesse der sittlichen Ordnung mit Strafe bedrohten, aber doch der Erhaltung der

---

Anm. 47. Villnow bei Goltdammer S. 172 macht insbesondere darauf aufmerksam, dass der erste Absatz des § 140 des preuss. Str.G.B. bestimmt, dass der verletzte Ehegatte bis zum Schluss des Ehescheidungsverfahrens die Nichtbestrafung des Schuldigen beantragen kann; dies wäre aber völlig widersinnig, wenn man in der Ehescheidung ein Thatbestandsmoment oder eine weitere Bedingung der Strafbarkeit sehen würde, dies hätte dann die Bedeutung, dass der Gesetzgeber den Antrag auf Nichtbestrafung eines erst in Zukunft zu vollendenden Verbrechens zugelassen hätte.

Anm. 48. So auch Fischer l. c. S. 62, a. A. Rüdorff S. 25, der gegen Fischer schreibt: „er müsste eigentlich schliessen, dass, wenn im Str.G.B. f. d. nordd. B. der Ausdruck „wegen dieses Vergehens" durch „wegen desselben" ersetzt ist, hiemit auch die Unterlage für seine Ansicht wegfalle. Dies thut Fischer aber nicht, vielmehr beruft er sich darauf, dass die Motive zu § 172 sagen, der Paragraph wiederhole wörtlich die Bestimmungen des preuss. Str.G.B. über die Bestrafung des Ehebruchs, der zur Scheidung der Ehe geführt hat. Man muss sich aber mit der Auslegung des Gesetzes nicht an die Motive, sondern an den Gesetzestext selber halten und mit Vorsicht aufnehmen, was die Verfasser der Motive sich bei den Worten des Gesetzes gedacht haben. Wenn sie aber die Ausdrücke „wegen dieses Vergehens" und „wegen desselben" für gleichbedeutend erachtet haben, so beweist das nur, dass sie dem Wort „Vergehen" weiter keine Bedeutung beigemessen haben." Es scheint daraus vielmehr hervorzugehen, dass sie die Thatsache, dass der Ehebruch an sich schon ein Vergehen darstellt, für selbstverständlich erachtet haben; für diesen Fall wäre auch einleuchtend, weshalb in den Motiven über diese rein redaktionelle Änderung nichts bemerkt ist, was höchst auffallend wäre, wenn man die Grundanschauung durch diese Änderung hätte wechseln wollen.

Ehe höheren Wert beilegten, als der sofortigen Verwirklichung des Strafrechts.

Aus all dem geht hervor, dass es sich bei dem Erfordernis der vorgängigen Ehescheidung nicht um eine Bedingung der Strafbarkeit, sondern nur um eine Bedingung für die Strafverfolgung, um eine Vorfrage im Sinne des § 69 Str.G.B. handelt. Diese Ansicht wird auch vom Reichsgericht und anderen Gerichtshöfen, sowie von der überwiegenden Zahl der Schriftsteller vertreten. Sie kann heute als die herrschende bezeichnet werden.[49])

Es wird nun von gegnerischer Seite eingewendet, dass, wenn das Gesetz den Ehebruch im Allgemeinen als strafbare Handlung ansehe, und nur im Interesse der Erhaltung der Ehe nicht sofort einschreite, es doch äusserst unlogisch erscheine, die Bestrafung nur dann zuzulassen, wenn die Ehe wegen dieses Ehebruchs geschieden wäre; es wäre in diesem Fall angebracht, den Ehebruch schlechtweg nach Beendigung der betreffenden Ehe zu bestrafen, wie dies wohl auch im Gesetz angeordnet wäre, wenn dasselbe auf dem von uns behaupteten Standpunkt stünde.

Dagegen ist zu bemerken, dass der Strafprozess in vielen Fällen für die Familie des Schuldigen Schaden verursachen kann, der weit grösser ist, als der durch Nichtbestrafung in einzelnen Fällen entstehende, und dass man aus diesem Grunde, um unnützen Skandal zu vermeiden, Enthüllungen dieser Art, soweit sie nicht schon im Ehescheidungsprozess vorgebracht werden mussten, möglichst verhindern wollte.

Es ist allerdings zuzugeben, dass eine derartige Rücksichtnahme schon durch das Antragserfordernis genügend garantiert, und sich daher die Beschränkung der Bestrafung des Ehebruchs auf diejenigen Fälle, in denen eine Scheidung wegen desselben

---

Anm. 49. Vergl. E. 2 S. 62, 6 S. 334, 7 S. 299, 14 S. 202, 15 S. 122, 22 S. 135; R. 4 S. 787 u. 8 S. 791. Ferner Entsch. d. R.G. in den Annalen I S. 255 ff.; b. Goltd. 40 S. 321, des Ob.Trib. daselbst 2 S. 693, 8 S. 560, 11 S. 485, des bayerischen Cassationsgerichtshofs daselbst 25 S. 359; Olshausen § 172 Nr. 4; Binding Grundriss 2 S. 111 und Handb. I S. 601; Hälschner 2 S. 472; Frank § 172 Nr. 3; Mainzer S. 7 u. 27; Daude S. 24; Dochow b. Holtz. 4 S. 274; Wahlberg b. Holtz. 1 S. 587; Reber S. 204; F. Meyer, Oppenhoff, Rubo, Merkel, Kries i. d. Zeitschr. f. Str.R. 5 S. 12 ff.; Risch i. Ger.S. 36 S. 252; Fischer i. Ger.S. 31 S. 66; Oppenh. Zeitschr. 3 S. 421 u. a.

erfolgt ist, als eine überflüssige Maßregel darstellt (vergl. Binding Handb. I, S. 602, sowie unten in Cap. 14).

Es ist weiter darauf hingewiesen worden, in § 172 seien die beiden Erfordernisse des Antrags und der vorgängigen Ehescheidung in einen gewissen Gegensatz zu einander gestellt, indem es heisst: Der Ehebruch wird, wenn die Ehe desselben geschieden ist, »gestraft« und: Die »Verfolgung« tritt nur auf Antrag ein.

Gegen diesen Einwand führt das R.G. in seiner Entscheidung vom 6. November 1882 (E. 7 S. 298 u. ff.) aus, dass durch diese Fassung keine innere wesentliche Verschiedenheit der beiden Voraussetzungen zum strafprozessualen Einschreiten ausgeprägt, vielmehr lediglich auch der Antrag als eine Vorbedingung dieser Art erwähnt sei, und zwar in einem besonderen Absatz mit Anschluss an die bei Antragsdelikten auch sonst von dem Str.G.B. beobachtete Terminologie.

Dies hält Rüdorff (Diss. S. 18) für keine hinreichende Begründung, da die Ansicht des Reichsgerichts keine Erklärung dafür gebe, warum der Gesetzgeber nicht ausserdem noch die Verfolgung von der erfolgten Ehescheidung abhängig mache.

Eine Erklärung dafür ist aber auch nicht erforderlich. Der Wortlaut der Bestimmung ist eben etwas unklar und nur dies spricht für die Ansicht der Gegner. Neben dem Gesetzestext muss aber doch — umsomehr wenn derselbe nicht völlig klar ist — auch das Wesen des Ehebruchsdelikts, seine Entstehung und Stellung im strafrechtlichen System in Betracht gezogen werden, und eben die Berücksichtigung all dieser Punkte spricht überzeugend für die hier vertretene Ansicht, dass das Delikt des Ehebruchs mit dem ehebrecherischen Akt vollendet ist.

Dies ist in der Hauptsache schon erörtert worden, es sei hier nur noch einmal auf die Aufnahme des Ehebruchs unter die Sittlichkeitsdelikte und auf die analogen Bestimmungen des § 238 Str.G.B. hingewiesen.

Die Bestimmungen dieser beiden Paragraphen beruhen auf denselben Motiven. Hier wie dort soll in eine bestehende Ehe nicht eingegriffen werden, deshalb ist in § 238 ausdrücklich gesagt: »Die Verfolgung findet nur statt, nachdem die Ehe für nichtig erklärt ist.« Es ist durchaus kein Grund für die Annahme erkennbar,

weshalb das Gesetz in der fraglichen Beziehung einen Unterschied hätte begründen wollen, jedenfalls darf die durch das Mitwirken der verschiedenen Faktoren beim Zustandekommen unserer Gesetze verschuldete unklare Abfassung des § 172 als genügender Grund für eine derartige Inkonsequenz nicht gelten.[50])

Ein weiterer Einwand der Gegner geht dahin, dass es paradox sei, eine Handlung, die nicht verfolgbar sei, für strafbar zu erklären (so auch Berner Lehrb. S. 442 Anm.); dies sei der Fall, wenn man die Ehescheidung als Prozessvoraussetzung und den Ehebruch an sich für strafbar erachte, da ja doch jedenfalls erst nach der Ehescheidung die Strafverfolgung zulässig sei. Dies wird keineswegs bestritten. Es ist auch eine gegenteilige Behauptung wohl nie aufgestellt worden, es handelt sich vielmehr — und dies erscheint wohl einleuchtend — bei dem Ehebruch, ehe die Ehescheidung erfolgt ist, um eine Handlung, die zwar strafbar, aber »zur Zeit noch nicht« verfolgbar ist.

Dies ist aber, wie Daude (S. 30) richtig bemerkt, der Fall bei jedem Antragsdelikt, ehe der Antrag gestellt ist, und ob die Zulässigkeit der Strafverfolgung von einer oder von mehreren Bedingungen abhängig gemacht ist, kann an der Beurteilung weiter nichts ändern.

Es ist somit das Vergehen des Ehebruchs mit der Beischlafsvollziehung als vollendet zu erachten und in dem Erfordernis der vorgängigen Ehescheidung eine Prozessvoraussetzung zu sehen.

Eine Folge hievon ist, dass, wenn der Thäter zwischen der That und der Scheidung wegen einer andern That bestraft wird, wegen des Ehebruchs nach § 79 Str.G.B. auf eine Gesamtstrafe zu erkennen ist.[51])

Die anderen materiellrechtlichen Consequenzen aus der Beantwortung dieser Frage sind bei der Besprechung des Antragserfordernisses erwähnt (s. u. Cap. 9).

Weitere Folgen liegen auf strafprozessualem Gebiet:

Kommt ein Fall des Ehebruchs im Wege der Konnexität vor das Schwurgericht,[52]) so unterliegt die Entscheidung über die

---

Anm. 50. So auch Kries in der Zeitschr. f. Str.R. V. S. 11.
Anm. 51. Vergl. Schwarze § 172 Nr. 7; E. 7 S. 298; R. 4 S. 787.
Anm. 52. Siehe z. B. die Fälle bei Goltd. 3 S. 400 u. E. 15 S. 122.

Frage, ob die Ehe wegen desselben geschieden wurde, falls man sie als Thatbestandsmerkmal oder als Bedingung der Strafbarkeit ansieht, den Geschworenen; sieht man aber darin eine Beschränkung prozessualer Natur, so liegt unzweifelhaft die Feststellung des Erfordernisses ausserhalb des Bereiches der den Geschworenen nach § 81 G.V.G und §§ 293—298 Str.Pr.O. obliegenden Entscheidung (U. d. R.G. vom 28. Dezember 1886).

In der Revisionsinstanz steht dem Revisionsgericht die selbständige Nachprüfung über das Vorliegen dieser Bedingung zu, während es der Erörterung der Frage als einer prozessualen im erstinstanzlichen Urteil nicht bedarf (E. 22 S. 135).

Schliesslich ist, wenn sich im Strafprozess herausstellt, dass eine gültige Ehescheidung wegen des Ehebruchs nicht vorliegt, bei Annahme der Ehescheidung als Thatbestandsmerkmal oder Bedingung der Strafbarkeit freizusprechen, während der Richter, der darin nur den Mangel einer Prozessvoraussetzung sieht, das Verfahren einzustellen hat.[53])

IX.

Der Ehebruch wird nach § 172 nur auf Antrag verfolgt.

Antragsberechtigt ist der verletzte Ehegatte.

Für den rechtlich oder thatsächlich verhinderten Ehegatten wird der Antrag von dem gesetzlichen Vertreter gestellt. Neben der verletzten Ehefrau, die das 18. aber noch nicht das 21. Lebensjahr vollendet hat, ist der gesetzliche Vertreter gemäss § 65, Abs. 2 Str.G.B. unabhängig von deren eigener Befugnis — also auch gegen ihren Willen — zur Antragstellung berechtigt. Dies erscheint durchaus unangebracht[54]) und läuft, insbesondere gerade denjenigen Erwägungen zuwider, die dazu geführt haben, den Ehebruch zu einem Antragsdelikt zu machen. Da jedoch das Gesetz nur bestimmt: »die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein«, so müssen wir hinsichtlich der einzelnen Modalitäten die §§ 61—65 Str.G.B. als maßgebend anerkennen.

Anm. 53. Siehe Löwe S. 628 u. S. 454/55; sowie Rüdorff S. 15 Nr. 1; Liszt S. 174; Binding Grundriss II S. 96.

Anm. 54. Vgl. auch Schwarze i. H.H. 3, S. 298. — Das sächsische u. bayrische Str.G. beschränkten das Antragsrecht auf die Person des beleidigten Ehegatten.

Ist der Ehemann der verletzten Ehefrau deren gesetzlicher Vertreter, so ist ein ausserordentlicher Vertreter zu bestellen.[55])

Die Zulässigkeit der Zurücknahme des Antrags ist in § 172 nicht vorgesehen; es kann somit gemäss § 64 Str.G.B. der Antrag nicht zurückgenommen werden.

Verlust des Antragsrechts wird nur durch Versäumung der dreimonatlichen Frist begründet (§ 61 Str.G.B.); andere Gründe, die eine solche Wirkung haben, kennt das Gesetz nicht; es giebt also weder einen Verlust der Antragsberechtigung durch Kompensation,[56]) wie in andern Rechten, noch durch Einwilligung des einen Ehegatten in den Ehebruch des andern oder nachherige Verzeihung bezw. durch Verzicht auf die Antragsberechtigung von Seiten des ersteren; die rechtliche Unerheblichkeit der Verzeihung bezw. der Verzichterklärung gegenüber dem Antragsrecht ist fast allgemein anerkannt.[57])

Ebensowenig vermag die vorher erklärte Einwilligung des einen Ehegatten in den Ehebruch des andern, ja selbst die Anstiftung durch den verletzten Ehegatten an der Strafbarkeit des Ehebruchs etwas zu ändern.[58])

Dies ist nicht unbestritten:

Sähe man im Ehebruch nur die Verletzung eines privaten Rechts des einen Ehegatten, so liesse sich aus dessen Einwilligung bezw. Anstiftung wohl Straflosigkeit, vielleicht auch Verlust des Antragsrechts ableiten unter Berufung auf den Satz: *volenti non fit injuria.*

Nun bestraft aber, wie schon oben (in Cap. II) ausgeführt, das Gesetz den Ehebruch in erster Linie als Verletzung der staatlichen Institution der Ehe und berücksichtigt erst in zweiter Linie die darin liegende Verletzung des Anspruchs des andern Ehegatten auf Treue; die Antragsberechtigung ist hier mehr gegeben, um den verletzten Gatten, sowie dessen Familie nicht gegen deren Willen der Unannehmlichkeiten eines derartigen Prozesses auszusetzen.

Anm. 55. So auch Olshausen § 172, Nr. 9; Reber S. 154, 363; v. Kirchmann Nr. 1; Puschelt Nr. 2; Schwarze b. Holtz. Handb. III, S. 300.

Anm. 56. Vergl. Sächs. Archiv 20, S. 492.

Anm. 57. S. bes. Olshausen § 172, Nr. 9 c. u. § 61, Nr. 69, E. 14, S. 202.

Anm. 58. E. 14, S 202 u. 25, S. 119.

Es lässt sich daher ein Untergang des Strafrechts durch die Einwilligung des Antragsberechtigten in das Vergehen, der doch wohl im Gesetz erwähnt sein müsste, auch aus dem Sinn des Gesetzes nicht herleiten.

Zutreffend bemerkt hiezu das Reichsgericht in der cit. Entscheidung vom 7. Juni 1886:

Das Recht auf Bewahrung der ehelichen Treue unterliegt nicht dergestalt der Verfügung des einzelnen Ehegatten, dass dieser mit rechtlicher Wirkung und in rechtlich zu beachtender Weise darauf verzichten und dadurch den Ehebruch zu einer erlaubten, oder auch nur strafrechtlich indifferenten Handlung machen kann. Die Einwilligung des Verletzten bedeutet nichts anderes als die gänzlich wirkungslose Erklärung, sich seines Antragsrechts begeben zu wollen.[59])

Was von den Gegnern, besonders von Binding[60]) vorgebracht wird, widerspricht, mag es auch *de lege ferenda* äusserst beachtenswert sein, doch den Bestimmungen des Str.G.B., das derartige Ausnahmebestimmungen nicht getroffen hat; es ist unbedingt zuzugeben, dass die hier vertretene Ansicht zu Verurteilungen führen muss, wie sie Binding mit Recht als skandalös bezeichnet; jedoch Remedur dagegen kann nur von Seiten des Gesetzgebers erfolgen, der heutige Richter hat kein *jus corrigendi.*[61])

Der Antrag ist gemäss § 61 binnen drei Monaten zu stellen.

Die Frist beginnt mit dèm Tage, seit welchem der zum Antrag Berechtigte von der Handlung und von der Person des Thäters Kenntnis erhalten hat.

Die Gültigkeit dieser Vorschrift für den Ehebruch wird bestritten.

Anm. 59. E. 14, S. 202 ebenso 3, S. 221; R. 3, S. 181 u. R.G. b. Goltd. 41, S. 386; s. a. Nessel S. 74; Finger S. 19; Rubo Nr. 6; Schaper i. Holtz. Handb. II, S. 129, Anm. c.; Reber; Daude S. 47; Entsch. d. Ob.Trib. b. Oppenh. 14, S. 53; Hälschner i. Ger.S. 22, S. 455; Kiel b. Goltd. 18, S. 86.

Anm. 60. Grdrss. 2, S. 112 u. Handb. I, S. 662,3; s. a. Mainzer S. 30.

Anm. 61. Wenn das Reichsgericht in der citierten Entscheidung als Vorzug dieser Ansicht ausspricht, dass durch die gegenteilige Ansicht Kollusionen im Eheprozess Thür und Thor geöffnet werde, so wiegt dies doch die grossen Nachteile nicht auf, die übrigens das Reichsgericht selbst auch anerkennt; siehe auch Fischer i. Ger.S. 32, S. 505.

Das Reichsgericht und mit ihm zahlreiche Schriftsteller lassen diese Frist beim Ehebruch erst mit der Rechtskraft des Ehescheidungsurteils beginnen und erklären einen vorher gestellten Antrag für wirkungslos.[62])

Für diejenigen, die in der Ehescheidung ein Thatbestandsmerkmal sehen, ist diese Folgerung selbstverständlich, denn für sie liegt eine strafbare Handlung mit all ihren Merkmalen, auf deren Bestrafung angetragen werden kann, erst nach erfolgter Ehescheidung vor. Sie fordern also im Grund für den Ehebruch durchaus keine Ausnahme von der Vorschrift des § 61, sondern sehen nur die Handlung erst zu einem viel späteren Zeitpunkt als beendet an.

Ebenso verhält es sich nach Rüdorffs Ansicht, wenn man in der Scheidung eine Bedingung der Strafbarkeit sieht; denn der § 61 Str.G.B. schliesse in den Begriff der Handlung auch die Bedingungen der Strafbarkeit ein.[63])

Das ist richtig, nun ist aber, wie schon mehrfach bemerkt, das Erfordernis der vorgängigen Ehescheidung keine Bedingung der Strafbarkeit, sondern ebenso wie der Antrag eine Prozessvoraussetzung. Die strafbare Handlung ist mit dem ehebrecherischen Akt vollendet, und da eine Ausnahme in § 172 nicht angeordnet

---

Anm. 62. Vergl. die Entsch. d. R.G. in E. 1 S. 44, 2 S. 62, 26 S. 116; R. 1 S. 180 u. 505, 3 S. 181; Annalen Bd. I, S. 225; Goltd. 40, S. 321; vergl. ferner die Urteile in Stengleins Zeitschr. f. Ger. Praxis 4 S. 313, 6 S. 248, 8 S. 77, 13 S. 184, 14 S. 313; Entsch. d. Obertrib. Bd. 71, S. 370; Goltd. 3 S. 880, 9 S. 707, 17 S. 294, ebenso Olsh. § 172 Nr. 9 a.; Binding Grdrss. 2 S. 112 u. Handb. I. S. 644; Berner S. 445; Geyer 2 S. 86; Liszt S. 173 u. 378; Blum Nr. 8; Schwarze § 172 Nr. 7 u. 170 Nr. 4 u. i. Holtz. Handb. III. S. 300; Nessel S. 42; Daude S. 39 ff.; Rüdorff S. 28; Schütze S. 327; Weisbrod S. 70; Tippelskirch i. Ger.S. 25, S. 327; Erk. d. Bayr. Kass.H. b. Goltd. 25 S. 359; Oppenh. 14 S. 696, 15 S. 708, 16 S. 611.

Uneinigkeit herrscht unter den hier Citierten nur insofern, als einige einen früher gestellten Antrag für wirkungslos erklären (so das Reichsgericht), während nach andern ein solcher Antrag mit dem entscheidenden Zeitpunkt konvalesciert (so z. B. Schwarze Nr. 7).

Anm. 63. Ebenso d. Entsch. d. Ob.Trib. d. Bayr. Kass.Hofs u. des Sächs. Ob.App.Ger. bei Stenglein u. Goltd. (so Anm. 62) a. A. v. Meyer (S. 308) der zwar in dem Erfordernis der vorgängigen Ehescheidung eine weitere Bedingung der Strafbarkeit sieht, trotzdem aber den Beginn der Antragsfrist gemäss § 61 festsetzt.

ist, so ist die Frist des § 61 maßgebend,[64]) was — unter diesem Gesichtspunkt betrachtet — auch von Rüdorff (S. 29) und Binding (Handb. I. S. 644) zugegeben wird.

Eben dies wird aber vom Reichsgericht, Daude und Olshausen bestritten.

Man bringt vor: der § 61 habe nur solche strafbare Handlungen im Auge, die im Falle der Stellung des Strafantrags alsbald wirksam verfolgt werden könnten, nicht aber solche Handlungen, deren Bestrafung noch ein gesetzliches Hindernis im Weg stehe, wie dies beim Ehebruch der Fall sei, wo von einer Wirksamkeit des gestellten Strafantrags nicht die Rede sein könne, bis die Ehescheidung erfolgt sei.

Dagegen bemerkt Fischer[65]) zutreffend: der § 61 braucht als Zeitbestimmung für den Beginn der Antragsfrist den Tag der Kenntnis der Handlung, nicht den Tag der Kenntnis der Verfolgbarkeit der Handlung. Daraus folgt mit Notwendigkeit, dass, wenn die Handlung und der Eintritt ihrer Verfolgbarkeit zeitlich auseinander liegen, und man zwischen dem Tag der Kenntnis der Handlung und dem Tag der Kenntnis der Verfolgbarkeit unterscheiden muss, nach dem Wortlaut des Gesetzes von ersterem, nicht von letzterem Tag an die Antragsfrist zu berechnen ist.

Daude, der die Ansicht des R.G. teilt, behauptet (S. 41) bei allen anderen Antragsdelikten werde durch die Stellung des Antrags die Möglichkeit der Verfolgung unmittelbar gegeben.

Dies ist zweifellos unrichtig, man denke nur an den sehr häufig vorkommenden Fall, dass sich ein Reichstagsmitglied eines Vergehens der Beleidigung schuldig macht:

Niemand wird in diesem Fall die Antragsfrist erst mit der Erteilung der nach Art. 31 der Reichsverfassung notwendigen Ge-

---

Anm. 64. Ebenso Dochow Holtz. Handb. 4 S. 274; Hälschner I. S. 719 Nr. 2, II. S. 469, 473; Heinze i. Holtz. Handb. 2 S. 629 Nr. 2; v. Meyer S. 308; Merkel i. Holtz. R.Lexikon sub Personenstand; F. Meyer § 172; Oppenh. § 170, Nr. 11 u. 172 Nr. 15; Mainzer S. 9 u. 30; Reber S. 471 ff.; Frank § 172 Nr. 4; Villnow i. Ger.S. Bd. 30 u. b. Goltd. 23 S. 171; Fischer i. Ger.S. 31 S. 56 ff. u. 32 S. 496 ff.; Conrad b. Goltd. 35 S. 18; Entsch. d. Ob.Trib. b. Goltd. 21 S. 273; Stenglein Zeitschr. 2 S. 233; Oppenh. 14 S. 145.

Anm. 65. Ger.S. 32 S. 498; ebenso gegen die Schlüssigkeit jener Begründung Binding Handb. I. S. 644.

nehmigung des Reichstags zur Verfolgung oder mit dem Ende der Session beginnen lassen.[66]) Binding führt aus (Handb. I. S. 644) der Antrag, der vor Auflösung der Ehe gestellt werde, sei bedingt, somit ungültig.

Der Wille des Antragstellers geht aber unbedingt auf Herbeiführung der Bestrafung des Schuldigen; die Scheidung ist eine *condicio juris*, keine Bedingung in technischem Sinne. Umstände, von denen es sich gesetzlich oder natürlich von selbst versteht, dass sie zum Dasein der gewollten rechtlichen Wirkung erforderlich sind, können eine Willenserklärung nicht bedingt machen (Fischer l. c.).

Die Gegner berufen sich weiter auf die Unvereinbarkeit der bekämpften Ansicht mit der Tendenz des Gesetzbuchs in der ganzen Frage.

Anders bestimmt war diese Frist im Entwurf eines Str.G.B. für den nordd. Bund: »Strafantrag kann nur im Laufe des Ehescheidungsverfahrens bis zur Abfassung des Urteils erster Instanz gestellt werden« (s. a. Fischer G.S. Bd. 31 S. 56). Dass keine Bestimmung dieses Inhalts in das Gesetz kam, kann man in Anbetracht dessen, dass verschiedene Faktoren bei dem Zustandekommen des Gesetzbuchs mitwirkten und jeder derselben für sich Abänderungen vornahm, wohl mit Fischer und Conrad als ein Versehen betrachten.

Will man aus der Entwicklung Schlüsse ziehen, so ist ebenso berechtigt, wie der Schluss, den das Reichsgericht hieraus zieht, dass sich schon aus dieser Verschiedenheit die Absicht des Gesetzgebers ergebe, der entgegengesetzte Schluss: wenn eine derartige Ausnahme im Entwurf vorgemerkt war und nicht ins Gesetz aufgenommen wurde, so ist dies ein deutlicher Beweis dafür, dass der Gesetzgeber eben keine derartige Ausnahme wollte.

Anm. 66. Vergl. ein anderes Beispiel b. Fischer S. 499: »Verfällt der Thäter nach der That in Geisteskrankheit, so steht für die Dauer der Geisteskrankheit der Strafverfolgung ein nicht bloss thatsächliches, sondern auch gesetzliches Hindernis entgegen (§ 203 Str.P.O.); man würde dann auch hier, falls zur Zeit, als der Verletzte Kenntnis von der That und dem Thäter erhielt, die Geisteskrankheit bereits vorlag, den Beginn der Antragsfrist erst von der Kenntnis des Verletzten von der Wiederherstellung des Thäters rechnen müssen.«

Wenn es auch übertrieben erscheint, die Bestrafung des einen Ehegatten während der Ehe und die bloße Antragstellung hinsichtlich ihrer Wirkung auf den Fortbestand der Ehe gleichzustellen, so ist doch sicher, dass die beiden Ehegatten, wenn auch schon auf Scheidung geklagt ist, doch durch die Stellung des Strafantrags einander noch weit mehr und rascher entfremdet und die Aussichten auf Versöhnung dadurch illusorisch gemacht werden, während das Gesetz gerade das umgekehrte Bestreben hatte, wie schon oben erörtert.

Es ist ja richtig, dass diese Vorschrift mit der Tendenz des Gesetzes im Widerspruch steht und dass sie eine grosse Anzahl von Nachteilen hat; es ist auch zugegeben, dass die gegnerische Ansicht *de lege ferenda* wünschenswert erscheint; aus dem geltenden Recht aber kann eine solche Ausnahmebestimmung nicht herausgelesen werden und wir sind, wenn es auch thatsächlich im Willen des Gesetzgebers lag, und nur durch ein Versehen geschah, dass diese Ausnahmebestimmung nicht aufgenommen wurde, dennoch nicht berechtigt, von der gesetzlichen Regel deshalb abzuweichen, weil sie unzweckmässig ist.

Wenn Daude (S. 41) meint, es bedürfe nicht des Notwegs einer Gesetzesveränderung, so ist ihm zu erwidern, dass dies der gesetzliche Weg ist, und ein Notweg viel eher die Art scheint, wie von der herrschenden Meinung das, was der Gesetzgeber bestimmt hat, umgangen wird, um dafür das anzuwenden, was er vielleicht hat bestimmen wollen, oder was er jedenfalls besser bestimmt hätte.

Ist der Strafantrag nicht gültig gestellt, so ist auf Einstellung des Verfahrens zu erkennen; ist er richtig gestellt, so wird in den meisten Fällen das Verfahren ruhen, bis die Ehescheidung rechtskräftig geworden ist; es könnte aber eventuell auch sofort ein Vorverfahren eingeleitet werden (etwa zwecks Sicherung des Beweises oder dergl.); öffentliche Klage wird jedenfalls erst nach der Scheidung erfolgen können (so auch Löwe Comm. S. 450 zur Str.Pr.O.).

X.

Wie für Beginn der Antragsfrist, so ist auch für die Frage, wann die Verjährung beginnt, die Bedeutung maßgebend, welche man dem Erfordernis der Ehescheidung beimisst. Ist sie Thatbestandsmerkmal, so kann die Verjährung selbstverständlich erst nach der Scheidung zu laufen beginnen;[67]) für den andern Fall scheint der Anfangspunkt zweifelhaft, denn die Bestimmung des § 67 Str.G.B.: »Die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem die Handlung begangen ist, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des eingetretenen Erfolgs« wird beim Ehebruch modifiziert durch die Bestimmung des § 69 Str.G.B.: »Ist der Beginn oder die Fortsetzung eines Strafverfahrens von einer Vorfrage abhängig, deren Entscheidung in einem andern Verfahren erfolgen muss, so ruht die Verjährung bis zu dessen Beendigung.«

Eine solche Vorfrage ist bei Bestrafung des Ehebruchs die Ehescheidung.

Die Verjährung kann demnach nach der richtigen Ansicht, auch wenn man das Delikt schon mit dem ehebrecherischen Akt als beendet ansieht, erst mit Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils zu laufen beginnen.

Die Ansicht ist heute die herrschende; thatsächlich gelangen auch diejenigen zu demselben Resultat, welche zwar den Lauf der Verjährung sofort mit dem Delikt beginnen, aber das Ruhen derselben in demselben Augenblick einsetzen lassen.[68])

Dem widerspricht eine andere Ansicht, die die Verjährung mit der Vollendung des ehebrecherischen Akts beginnen und nur während der Dauer des Ehescheidungsprozesses ruhen lässt.[69]) Conrad begründet dies, indem er ausführt, der § 69 Str.G.B. sei

---

Anm. 67. So Schwarze, Berner, Ob.Trib. bei Goltd. 9 S. 707 u. 17 S. 294.

Anm. 68. Vergl. E. 15, S. 261; Olshausen § 172 Nr. 11; v. Meyer S. 736; Liszt S. 337; Daude S. 42 ff.; Mainzer S. 11 u. 32; Frank § 172 Nr. 4; Rüdorff-Stenglein Nr. 10; Oppenh.; Wahlberg; Villnow im Ger.S. 30 S. 120. Entsch. i. Oppenh. I. S. 450, 16 S. 611.

Anm. 69. So Conrad b. Goltd. 35 S. 23 ff.; Rubo Nr. 9. — Die Bestimmung war früher im bayr. Recht getroffen.

unvollständig gefasst, dem Sinne nach müsste er den Zusatz enthalten: die Verjährung ruht indessen nur während dieses Verfahrens.

Nirgends im Gesetz findet sich jedoch ein Anhalt dafür, und auch die weiteren Ausführungen Conrads können nur als eine Begründung dieser Einschränkung *de lege ferenda* angesehen werden, da durch das geltende Recht unter Umständen die Verjährung des Ehebruchs völlig ausgeschlossen erscheint. (Vergl. Daude S. 45.)

Vollendet ist die Verjährung gemäss § 67 Str.G.B. in 5 Jahren.

XI.

Es konnte weiter die Frage entstehen, ob für den Fall, dass die Ehe wegen mehrerer Ehebrüche zwischen denselben Personen oder wegen Ehebruchs schlechthin geschieden wurde, und dieser Ehebruch sich aus mehreren ehebrecherischen Akten zusammensetzt, darin ein fortgesetztes Delikt zu sehen sei, oder mehrere selbständige Vergehen.

Bei Entscheidung dieser Frage kann einerseits nicht Löning[70]) zugestimmt werden, welcher Ehebruch direkt mit ehebrecherischem Verhältnis identifiziert und daher stets nur »ein« Vergehen des Ehebruchs annimmt.

Andererseits aber erscheint auch die Ansicht derer nicht zutreffend, die in jedem ehebrecherischen Akt ein selbständiges Vergehen sehen.[71]) Diesen letzteren schliesst sich für den Ehebruch im Allgemeinen auch Binding (Handb. I. S. 556 Anm. 40) an, da, wie er ausführt, der Ehebruch im Allgemeinen ebensowenig wie die Tötung als fortgesetztes Delikt denkbar sei. Binding zieht aber aus dem Erfordernis der vorgängigen Ehescheidung in § 172 für das geltende Recht den Schluss, dass die Strafe dem ganzen ehebrecherischen Verhalten gelte.[72])

Anm. 70. Grundriss S. 90; s. a. Schwarze.

Anm. 71. Oppenhoff § 172 Nr. 8 u. 173 Nr. 7; Puchelt Nr. 1.

Anm. 72. Gegen diesen Schluss aus einem ausserhalb des Delikttatbestands liegenden Umstand mit Recht Olshausen § 172 Nr. 5 a. E.

In Wirklichkeit sind beide Möglichkeiten denkbar; es lässt sich demgemäss keine allgemeine Regel aufstellen, vielmehr ist von Fall zu Fall nach den über Einheit und Mehrheit der strafbaren Handlungen geltenden Grundsätzen zu entscheiden.[73])

Meistens wird man darnach — so besonders bei völligem Zusammenleben der Schuldigen — in den wiederholten Fällen ein fortgesetztes Delikt des Ehebruchs zu erblicken haben.

Sehr wohl denkbar aber sind auch Fälle, in denen die verschiedenen ehebrecherischen Akte als selbständige Handlungen im Sinne des § 74 Str.G.B. anzusehen sind, »wenn dieselben immer von neuem die sittliche Haltlosigkeit des Thäters zeigen.« Villnow.[74])

Hat der Ehebrecher mit verschiedenen Personen die Ehe gebrochen, so liegen stets mehrere, nie ein fortgesetztes Delikt vor.[75])

XII.

Bezüglich der Teilnahme am Ehebruch ist die Frage aufgetaucht, ob auch der verletzte Ehegatte sich einer strafbaren Teilnahme am Ehebruch des Andern schuldig machen kann. Diejenigen, welche nur den Ehegatten als den durch den Ehebruch Verletzten ansehen, müssen dies verneinen.

Wir gehen, wie schon oben erörtert, davon aus, dass das Delikt sich in erster Linie gegen die staatliche Institution der Ehe richtet und auch durch die Einwilligung des mitverletzten Ehegatten nicht straflos wird; es ist daher auch gleichgültig, ob er diese Einwilligung nur mit Worten erklärt oder durch Teilnahmehandlungen manifestiert hat.[76])

Anm. 73. So Hälschner 2 S. 474; Olshausen Nr. 5; Schütze S. 327; Mainzer S. 26; Villnow i. Ger.S. 30, S. 127.

Anm. 74. Jedenfalls erscheint es bedenklich wie bei Goltd. 17 S. 294 u. i. Oppenhoffs 10 S. 34, bei ehebrecherischen Akten v. 1861 u. 1866 ein fortgesetztes Vergehen anzunehmen.

Anm. 75. Ebenso Schwarze Comm. § 172 Nr. 13; a. A. Siebdraht (Comm. z. Str.G.B. f. d. Kgr. Sachsen, Leipzig 1862, Art. 259), der, gestützt auf die Ansicht des O.A.Gerichts, stets auch bei Beischlaf mit verschiedenen Personen ein fortgesetztes Delikt annimmt.

Anm. 76. So auch E. 25 S. 119.

Wäre also in einem solchen Falle die Ehe geschieden und Strafantrag von Seiten des Berechtigten rechtzeitig gestellt, so findet auf Grund des § 63 Str.G.B. das Strafverfahren auch gegen die Teilnehmer, also in diesem Falle auch gegen den andern Ehegatten statt.[77])

Der Satz, dass diejenige Person, zu deren Gunsten ein Strafgesetz erlassen worden ist, niemals wegen Teilnahme an der Zuwiderhandlung bestraft werden kann,[78]) schützt ihn nicht, da, wie gesagt, im Ehebruch auch eine strafbare Auflehnung gegen den Staat zu sehen ist.

Auch die Kries'schen Ausführungen gegen die Strafbarkeit des Antragstellers (i. d. Zeitschr. f. Str.R. 7 S. 533) gründen sich nur auf den, wie wir gesehen haben, unrichtigen Satz, dass die Einwilligung des Verletzten den Ehebruch straflos macht.

Der Antrag bedeutet — gerade beim Ehebruch — nichts anderes als die Möglichkeit für den Verletzten, einen Ehebruchsprozess wider seinen Willen zu verhindern. Hat der Antragsteller selbst bei der Verletzungshandlung mitgewirkt, so mag er die Konsequenzen tragen; so gut ein Verbrecher sich selbst anzeigen kann, kann er auch eine Strafverfolgung beantragen, die gegebenen Falls für ihn selbst Nachteile herbeiführt.

Bei Teilnahmehandlungen des Ehemanns am Ehebruch der Frau wird zumeist Idealkonkurrenz mit dem Delikt der Kuppelei nach § 181 a vorliegen.

Idealkonkurrenz des Ehebruchs ist ferner möglich mit den Delikten der §§ 173, 174, 176 Ziff. 2, 177, 179, 182 u. 183.

Eine Beleidigung des verletzten Ehegatten kann im Ehebruch sehr wohl liegen;[79]) es liegt dann Idealkonkurrenz,[80]) nicht Gesetzes-

---

Anm. 77. So auch Finger S. 21, Anm. 26.

Anm. 78. S. Olshausen Vorbemerkung zu Teil I. Abschn. 3 Nr. 9 b.; Liszt S. 233, E. 18 S. 273.

Anm. 79. Ebenso Stenglein S. 311 und die Entsch. b. Goltd. 44 S. 400 A. A. Schwarze i. Holtz. Handb. III. S. 300.

Anm. 80. Eine Entscheidung des Reichsgerichts über diese Frage existiert nicht, wohl aber hat das Reichsgericht die Frage, ob für den ähnlich liegenden Fall des Zusammentreffens der §§ 176 u. 185 Str.G.B. eine Idealkonkurrenz denkbar ist, in Band 24 S. 201 bejaht (im Gegensatz zu der in Bd. 19 S. 250 geäusserten Ansicht).

konkurrenz der §§ 172 und 185 vor. In diesem Fall ist gemäss § 73 Str.G.B. die Strafbestimmung des § 185 anzuwenden. Vorgängige Ehescheidung ist in diesem Fall nicht erforderlich, da die Beleidigung mit der Vollziehung des ehebrecherischen Akts vollendet ist.

Es kann also, wie man zutreffend bemerkt hat, in diesem Falle der Ehebruch, ohne zur Scheidung geführt zu haben, strenger bestraft werden, als irgend ein anderer Ehebruch, der von tötlicher Wirkung für die Ehe war; dies ist übrigens genau so der Fall bei all den Delikten, die, wie oben erwähnt, in Idealkonkurrenz mit dem Ehebruch vorkommen können.

Hat sich eine Ehefrau der Gewerbsunzucht schuldig gemacht, so liegt Idealkonkurrenz mit Ehebruch vor.[81])

Es ist dann zu unterscheiden, ob auch der Ehebruch zur Zeit schon bestraft werden kann oder nicht. Ist z. B. die Gewerbsunzucht erst im Ehescheidungsprozess erwiesen worden und sind die Akten nach Scheidung der Ehe an die Staatanwaltschaft gekommen, so wird, sofern Strafantrag gestellt ist, gemäss § 73 Str.G.B. die Strafbestimmung des § 172 als die schwerere zur Anwendung gebracht. Ist der Antrag noch nicht gestellt, so kann die Staatsanwaltschaft — was in der Praxis bei andern Antragsdelikten häufig vorkommt — den Antragsberechtigten auffordern, sich zu erklären, ob er einen Antrag stellen will oder nicht, und so feststellen, ob ein verfolgungsfähiger Ehebruch vorliegt oder nicht.

Ist die Ehe noch nicht geschieden, oder Strafantrag nicht gestellt, so kann nur nach § 361 Z. 6 Str.G.B. verfolgt werden.[82])

Ist die Gewerbsunzucht sofort durch amtsrichterlichen Strafbefehl bestraft, so kann gemäss der herrschenden Ansicht nach der erfolgten Ehescheidung ein neues Verfahren wegen Ehebruchs eingeleitet werden. (cf. Löwe II. Buch I. Abschn. Vorbemerkung 29f und die dort cit.)

Anm. 81. Das österr. Gesetz hat diesen Fall in § 500 Str.G. vorgesehen.

Anm. 82. A. A. Schwarze (Comm. § 172 Nr. 10), welcher hier das Verfahren wegen des schweren Delikts, also wegen des Ehebruchs ohne weiteres von Amtswegen eintreten lässt; wie oben Olshausen § 61 Nr. 58a; v. Meyer S. 437.

XIII.

Von den fremden Rechten, welche den Ehebruch mit Strafe bedrohen, stehen den Bestimmungen des R.Str.G.B. am nächsten diejenigen des österreichischen Rechts, welche sich mit dem Ehebruch in den §§ 502 u. 503 des Str.Gesetzes, sowie mit den dem § 503 erläuternden Justizministerialerlass vom 5. September 1859 beschäftigen.[83])

Österr. Recht.

Auch das österreichische Recht stellt wie das deutsche Strafgesetzbuch den Ehebruch unter die Sittlichkeitsdelikte.

Der schuldige Ehegatte, gleichviel ob Mann oder Frau, sowie der Mitschuldige sind hinsichtlich der Bestrafung gleichgestellt;[84]) als straferschwerend ist für die Ehefrau der Fall bezeichnet, wenn durch den begangenen Ehebruch über die Rechtmässigkeit der nachfolgenden Geburt ein Zweifel entstehen kann.[85])

In diesem Fall kann gemäss §§ 502, 265, 253 Str.G. zwar nicht über den gewöhnlichen Strafraum hinausgegangen, es kann aber die Arreststrafe durch die in § 253 aufgezählten Strafen, nämlich Fasten, schwere Arbeit, Anweisung eines harten Lagers, einsame Absperrung in dunkler Zelle und körperliche Züchtigung verschärft werden.

Das österreichische Str.G. zählt den Ehebruch unter die Übertretungen und straft ihn mit Arrest von 1—6 Monaten.

Für die Bestrafung ist, sofern sich der schuldige Gatte nicht zugleich der Gewerbsunzucht schuldig gemacht hat (§ 510), der Antrag des verletzten Ehegatten erforderlich.

Der Antrag ist ausgeschlossen, wenn der Verletzte ihn nicht binnen 6 Wochen, nachdem er von dem Delikt Kenntnis erhalten, gestellt, oder wenn er »die ihm bekannt gewordene Beleidigung ausdrücklich verziehen« hat; es folgt aus dieser Bestimmung des § 503, dass eine vorherige Einwilligung zum Ehebruch ohne Wirkung auf die spätere Antragsberechtigung, und dass eine Verzeihung durch konkludente Handlungen bedeutungslos ist.

Anm. 83. S. Hiller b. Liszt Strafgesetzgebung der Gegenwart, Bd. I, S. 152 und 156—158. Finger S. 6; Herbst Bd. II, S. 239 ff.

Anm. 84. Ebenso im norwegischen und russischen Str.G.

Anm. 85. Also nicht, wenn das Kind erwiesenermassen nicht von dem Vater abstammt.

Der Antrag kann nach § 530 des Strafgesetzes bis zur Verkündung des Urteils zurückgenommen werden. Die Zurücknahme des Antrags wirkt gegen alle Beteiligten.

Wenn dagegen, nachdem auf eine Strafe erkannt ist, der verletzte Ehegatte erklärt, wieder mit dem Schuldigen leben zu wollen, so hebt diese Erklärung die erkannte Strafe nur in Ansehung des schuldigen Ehegatten, nicht aber hinsichtlich der Mitschuldigen auf (§ 503).

Drei Monate nach Begehung der Handlung ist der Ehebruch verjährt.

Sehr verschieden hievon ist die Behandlung des Ehebruchs im französischen Recht *(Code pénal* Artikel 336—339).[86] *Französ. Recht.*

Schlechthin wegen Ehebruchs strafbar ist darnach nur die Ehefrau, sowie ihr Mitschuldiger.

Die Strafe beträgt für die Frau Gefängnis von 3 Monaten bis zu 2 Jahren (Art. 337 Abs. 1), gegen den Mitschuldigen kann ausserdem noch auf eine Geldstrafe von 100—2000 Fr. erkannt werden (Art. 338 Abs. 1).

Während jedoch hinsichtlich der Schuldigsprechung der Frau freies richterliches Ermessen waltet, ist hinsichtlich des Mitschuldigen vorgeschrieben (Art. 338 Abs. 2), dass als Beweismittel für sein Vergehen ausser der Betretung beim Ehebruch *(flagrant délit)* nur Briefe oder andere von seiner Hand herrührende Schriftstücke berücksichtigt werden dürfen.[87]

Anm. 86. Bei den verschiedenen Änderungen, die der *Code pénal* seit 1810 erlitten hat, sind die Bestimmungen über den Ehebruch stets unverändert geblieben. Über die versuchten Abänderungen vergl. *Nypels, Le droit pénal Français progressif et comparé.* Bruxelles 1863. S. 231 ff. Über das geltende Recht s. bes. *Rivière* bei Liszt, Str.G.G. d. Gegenw. I, S. 456; *Dalloz et Vergé: Code pénal annoté,* Paris 1881, sowie die Motive zum *Code pénal* Bd. II, Paris 1810.

Anm. 87. Dieselben Bestimmungen finden sich im portugiesischen Recht *(Tavares de Medeiros* in der Strafgesetzgebung der Gegenwart I, S. 572.) — Sollte übrigens der Mitschuldige Deutscher sein und von einem deutschen Gericht abgeurteilt werden, so bedeutet diese Bestimmung im Falle des § 4 Abs. 2 Z. 3 letzter Satz Str.G.B. eine Einschränkung des § 260 St.P.O. (betr. die freie richterliche Beweiswürdigung). Gegen diese Einschränkung der Beweismittel bes. Gautier in der Zeitschrift für Schweizer Strafrecht VII, S. 370.

Als Grund für diese Beschränkung sagen die Motive: *que la malignité se plaît trop souvent à chercher dans des indices frivoles, des conjectures hasardées ou des rapprochements fortuits.*

Der Ausdruck *„flagrant délit“* ist jedenfalls extensiv zu interpretieren; es ist nicht erforderlich Überraschung des Schuldigen bei Vollziehung des Beischlafs; es genügt vielmehr, wenn die Ehebrecher in einer Situation angetroffen werden, die keinen Zweifel obwalten lässt, dass sie den ehebrecherischen Akt soeben vollzogen haben bezw. in allernächster Zeit vollziehen wollten.[88])

Dagegen macht sich der Ehemann durch den einfachen Beischlaf mit einer fremden Frauensperson des Ehebruchs nicht schuldig.

Die Motive zu Art. 339 verwerfen eine solche völlige Gleichstellung von Mann und Frau als *„desavouée par la nature des choses et les différences des résultats de l'adultère dans les deux sexes.“* Der Ehemann ist vielmehr nur dann strafbar, wenn er eine Konkubine in dem ehelichen Heim unterhalten hat *(„s'il aura entretenu une concubine dans la maison conjugale“).*

Was unter den Worten *„maison conjugale“* zu verstehen ist, dürfte nicht ganz unzweifelhaft sein; man wird jedenfalls zu weit gehen, wenn man es schlechtweg mit Haus identifiziert; es bedeutet vielmehr die von den Ehegatten innegehabte gemeinsame Wohnung, wenn auch der eine derselben zur Zeit vorübergehend abwesend ist.[89])

»Unterhalten« bedeutet ein mit Geschlechtsumgang verbundenes Verhältnis. Einmaliger Beischlaf genügt somit nicht, andererseits aber erscheint eine Bezahlung oder Unterhaltsgewährung der Teilnehmerin gegenüber nicht erforderlich.[90])

Die Mitschuldige muss zu länger dauerndem Aufenthalt in die Wohnung aufgenommen sein; in welcher Eigenschaft oder von welchem Ehegatten sie aufgenommen wurde, ist gleichgültig.[91]) Jedenfalls aber muss sie sich mit Wissen der Ehefrau daselbst befinden.[92])

Anm. 88. Vergl. *Dalloz* Commentar, Art. 338 Nr. 118, 119 ff., 124 ff., ferner *Dalloz Jurisprudence générale* 101, 106; *Dalloz Récueil périodique* 1853, Bd. I S. 177.

Anm. 89. S. a. *Dalloz et Vergé,* § 339 Nr. 52 u. Nr. 56.

Anm. 90. S. Nr. 35 u. Nr. 88 *cod.*

Anm. 91. S. Nr. 81 *cod.*

Anm. 92. Dies ergiebt sich auch aus den Motiven zu Art. 339, die diese Strafbestimmung als ein Mittel für die Ehefrau bezeichnen: *„pour soustraire à ses regards la présence et le triomphe de sa rivale.“*

Es gehört also nicht hierher z. B. der Fall, dass ein Mann heimlich eine Frauensperson wiederholt zum Beischlaf in die eheliche Wohnung bringt.

Die Strafe für den Ehebruch des Mannes besteht in Geldstrafe von 100—2000 Fr. (Art. 339).

Ob die Teilnehmerin am Ehebruch des Mannes bestraft werden kann, ist bestritten; es lässt sich aber aus dem geltenden Rechte die Bestrafung derselben nicht rechtfertigen.[93])

Zweifellos ist, dass diese Teilnahme unter die im Artikel 60 des *Code* als strafbar aufgezählten Arten nicht zu rechnen ist.

Die exceptionelle Strafbarkeit des Teilnehmers beim Ehebruch ist aber in Art. 338 ausdrücklich auf die Teilnehmer am Ehebruch der Frau beschränkt.

Der Ehebruch wird nur auf Antrag verfolgt; antragsberechtigt ist der verletzte Ehegatte (Art. 336 u. 339).

Der Antrag kann zurückgenommen werden; auch durch Verzeihung wird die weitere Strafverfolgung ausgeschlossen. Diese Wirkung erstreckt sich auch auf die Teilnehmer.[94])

Der Mann kann die Frau ferner nach erfolgter Verurteilung dadurch von der Verbüssung der Strafe befreien, dass er einwilligt, sie wieder zu sich zu nehmen (Art. 337 Abs. 2).

Auf die Strafvollstreckung gegenüber dem Teilnehmer bleibt dies ohne Wirkung.

In Art. 336 ist dem Mann für den Fall, dass auch er sich eines strafbaren Ehebruchs schuldig gemacht hat, das Antragsrecht wegen eines Ehebruchs der Frau entzogen.

Andererseits aber steht es nicht in der Macht der Frau, auf die Aufhebung der einmal erfolgten Verurteilung des Mannes einzuwirken.

Auch die singuläre Vorschrift, betreffend den Verlust des Antragsrechts des Mannes ist nicht analog auf das der Frau anzuwenden.[95])

Anm. 93. Vergl. über die beiden Ansichten und ihre Vertreter *Dalloz et Vergé*, Art. 59—60 Nr. 269.

Anm. 94. S. *Dalloz et Vergé*, Art. 336 Nr. 152; Art. 339 Nr. 113 ff., 121, 122; Art. 337 Nr. 61 ff.

Anm. 95. Ebenso *Dalloz et Vergé*, § 337 Nr. 145 und § 339 Nr. 130.

Endlich ist noch zu erwähnen die Bestimmung des Art. 324 Abs. 2, welcher dem Ehemann Straflosigkeit zusichert, der seine Frau in der ehelichen Wohnung mit einem fremden Manne beim Ehebruch betritt und diese oder auch den Teilnehmer auf der Stelle tötet.[96])

Italien. Recht.

Die Behandlung des Ehebruchs im italienischen Recht ist durch das Str.G.B. vom 1. Januar 1890 geregelt.[97])

Das Gesetz straft, ebenso wie der *Code pénal*, im allgemeinen nur die Ehefrau, sowie den Mitschuldigen und zwar mit Gefängnis von 3—30 Monaten (Art. 353).

Der Ehemann wird nur gestraft, wenn er eine Konkubine im ehelichen Hause oder anderswo offenkundig hält.

Die Strafe ist dann dieselbe, wie die der Ehefrau. Die Verurteilung des Ehemanns hat ausserdem den Verlust der ehelichen Gewalt zur Folge.

Begeht einer der Ehegatten eine der vorgesehenen strafbaren Handlungen zu einer Zeit, da er in Trennung von dem andern Ehegatten lebte oder von diesem böslich verlassen war, so besteht die Strafe in Gefängnis bis zu 3 Monaten (Art. 355).

Die Konkubine des Mannes wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr bestraft (Art. 354).

Der Ehemann ist also — wenn auch nicht in demselben Maße wie im französischen Recht — der Frau gegenüber privilegiert.

Eine Verfolgung wegen Ehebruchs findet nur auf Antrag statt; der Antrag kann zurückgenommen werden; Antragsstellung wie Zurücknahme wirken auch gegen den Mitschuldigen (Art. 356).

Anm. 96. S. *Dalloz et Vergé* Art. 324 Nr. 27 ff. — Das deutsche Recht hat eine analoge Bestimmung speziell beim Ehebruch nicht. Da jedoch im Ehebruch zweifellos auch ein rechtswidriger Angriff auf die ehelichen Rechte des andern Ehegatten liegt, so ergiebt sich auch für das deutsche Recht die Straflosigkeit desjenigen, der seinen Gatten oder dessen Mitschuldigen beim Ehebruch, aber vor Vollendung des ehebrecherischen Aktes, tötet, soweit sich diese Handlung aus den Grundsätzen der Notwehr (§ 53 Str.G.B.) rechtfertigt.

Anm. 97. S. *Alimena* in der Strafgesetzgebung der Gegenwart Bd. I, S. 596; italienisches Str.G.B. Art. 353—358. Übersetzungen desselben von Stephan, Berlin 1890, und von Teichmann (erschienen 1890 als Anhang zu Bd. 10 der Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft) vergl. weiter die Kommissionsberichte zu Art. 353 ff. (Rom 1889).

Wird der Antrag nach der Verurteilung zurückgenommen, so fallen die Vollstreckung der Strafe sowie die strafrechtlichen Folgen hinsichtlich aller Schuldigen weg.

Der Tod des Antragsstellers hat dieselben Wirkungen wie die Zurücknahme des Antrags (Art. 358 mit Art. 88).

Der Antrag verjährt in drei Monaten von dem Tag an, wo der Antragsberechtigte Kenntnis von der That erhalten hat (Art. 356 Abs. 2).

Ist zwischen zwei Ehegatten auf Trennung von Tisch und Bett erkannt, so verliert derjenige, durch dessen Schuld diese Trennung herbeigeführt wurde, das Recht, späterhin einen Strafantrag wegen Ehebruchs gegen den andern Gatten zu stellen (Art. 356 Abs. 3).

Der Ehemann ist freizusprechen, wenn er beweist, dass die Ehefrau in den seinem Ehebruch vorangehenden fünf Jahren sich eines Ehebruchs schuldig gemacht hat; desgleichen ist die Ehefrau straflos, wenn sie beweist, dass ihr Ehemann in den ihrem Delikt vorangehenden fünf Jahren einen nach Art. 354 strafbaren Ehebruch begangen, oder dass er sie zur Unzucht gezwungen oder verleitet, oder die Hurerei bei ihr angeregt oder begünstigt hat (Art. 357).

Auch das italienische Recht qualifiziert die Kuppelei, wenn sie vom Ehemann an der Ehefrau begangen wird (s. Art. 348 Nr. 3 und 347 des italienischen Str.G.B.).

Zum Schluss sei noch kurz auf das englische Recht hingewiesen: *Engl. Recht.*

In England ist die Aburteilung von verschiedenen Sittlichkeitsdelikten, worunter auch der Ehebruch, noch heute Sache der geistlichen Gerichtsbarkeit.[98])

Die Strafe ist für jeden, der sich eines Ehebruchs schuldig macht, kirchliche Buße, Exkommunikation und Gefängnis bis zu sechs Monaten.[99])

Anm. 98. Vergl. Schuster i. d. Strafgesetzgebung d. Gegenw. I, S. 647; *Stephen Digest* S. 114, 115 und *History* II, S. 428, 429.

Anm. 99. 13. *Edw.* I *stat.* 4 *(Circumspecte agatis)* und 53 *Geo* III cap. 127 §§ 1—3.

Ausserdem hat der verletzte Ehemann gegen den Mitschuldigen seiner Frau einen — vor den Civilgerichten geltend zu machenden — Schadensersatzanspruch.

Thatsächlich ist aber von all denjenigen Sittlichkeitsdelikten, deren Bestrafung Sache der geistlichen Gerichtshöfe ist, seit langer Zeit nur Blutschande zur Aburteilung gekommen.[100])

XIV.

Geht man auch fernerhin von der Notwendigkeit aus, den Ehebruch unter Strafe zu stellen, so wird es sich fragen, inwieweit die Strafbestimmungen des geltenden Rechts, wie wir sie oben erörtert haben, als zweckmässig zu erachten sind, und inwieweit eine Abänderung derselben geboten erscheint.

Im Gegensatz zu zahlreichen früheren und modernen Gesetzgebungen, die den Ehebruch des Ehemanns gar nicht oder nur unter erschwerenden Umständen und auch dann teilweise noch viel milder als denjenigen der Frau bestrafen,[101]) hat unser Recht beide Ehegatten, sowie die Mitschuldigen gleichgestellt.[102])

Sieht man im Ehebruch die Verletzung einer staatlichen Institution, so ist die Gleichstellung der beiden Ehegatten selbstverständlich; aber auch diejenigen, welche nur von einer Bestrafung des Ehebruchs wegen der darin liegenden Verletzung des Anspruchs des andern Ehegatten auf eheliche Treue sprechen, sind nicht in der Lage, ausreichend zu begründen, weshalb sie nur dem Manne einen solchen Anspruch zuerkennen und nicht auch der Frau.

Anm. 100. *Stephen, Digest* S. 614, Anm. 3.

Anm. 101. Z. B. früher die Str.Gesetze v. Preussen (1794), Württemberg (1839), Bayern (1813) und von Hannover (1840), heute die von Frankreich, Italien, Spanien, Brasilien u. a. m. — Besonders im *Code pénal* ist Licht und Schatten derartig ungleich verteilt, dass der Vorwurf, dass die Gesetze von den Männern in ihrem Interesse gemacht werden, nicht ganz unberechtigt erscheint. Dagegen hat bei Beratung des preussischen Entwurfs von 1848 der ständische Ausschuss die Gleichstellung von Mann und Frau im Prinzip beschlossen, weil er es auch für unvereinbar mit der Würde einer Versammlung von Männern hielt, die härtere Bestrafung des Weibes zu beschliessen (vergl. Goltd. Mat. II, S. 282).

Anm. 102. So heute auch die Strafgesetze von Russland, Schweden, Norwegen, einiger Schweizer Kantone, Holland, Ungarn, und — abgesehen von dem Falle der dadurch bewirkten *incerta paternitas* — auch von Österreich.

Zwei Gründe werden von den Gegnern des Gleichstellungsprinzips angeführt:

1) die eventuell durch den Ehebruch einer Frau entstehende Unsicherheit der Vaterschaft;[103])

2) die Ansicht, dass auch abgesehen davon die Familie durch den Ehebruch der Frau weit mehr gefährdet und kompromittiert werde, als durch einen Ehebruch des Mannes.

Mit Rücksicht darauf wird für eine strengere Bestrafung des Ehebruchs der Frau plaidiert.[104])

Der zweite Punkt darf, wenn auch allerdings eine derartige Ansicht in weiten Kreisen besteht, doch für den heutigen Gesetzgeber nicht mehr maßgebend sein; charakterisiert sich diese Ansicht einerseits als das Überbleibsel einer Zeit, in der die Frau nicht die Gefährtin, sondern die Sklavin des Mannes war, in der sie als Ehefrau nur Pflichten, aber keine Rechte besass, so trägt andererseits auch der Umstand dazu bei, den Ehebruch des Mannes scheinbar in milderem Lichte erscheinen zu lassen, dass dieser aus dem Grund in viel zahlreicheren Fällen ungeahndet bleibt, als der der Frau, weil die letztere sich infolge ihrer materiellen Abhängigkeit von dem Manne sowie auch wegen der prekären Stellung der »geschiedenen Frau« in der heutigen Gesellschaft öfters entschliessen muss, zu den Ausschreitungen des Mannes zu schweigen und von einer Scheidung abzusehen.

Aber auch der ad 1 erwähnte Punkt rechtfertigt eine verschiedene Behandlung der Ehegatten nicht. Die moralische Verantwortung für den Ehebruch der Frau trifft häufig wenigstens indirekt den Ehemann.[105])

Anm. 103. Dieser Fall wird auch vom österr. Str.G. als qualifiziert behandelt, das aber jedenfalls insoweit konsequent bleibt, als es aus diesem Grund nicht etwa allgemein eine strengere Bestrafung der Frau verfügt, sondern dies auf den Fall beschränkt, in dem durch deren Ehebruch die Vaterschaft thatsächlich zweifelhaft wurde.

Anm. 104. Diese Begründung findet sich auch in den Motiven des *Code pénal* und des italienischen Str.G.B.

Dafür ferner v. Liszt Lehrb. S. 360; Krafft-Ebing *(Psychopathia Sexualis,* 10. Aufl. 1898, Cap. I, S. 13). Schröder das Recht i. d. geschl. Ordn. S. 107 ff.; a. A. v. Meyer S. 735, Anm. 2; gegen Schröder mit Recht Stenglein i. Ger.S. Bd. 49, S. 480. Gautier i. d. Zeitschr. für Schweiz. Strafr. VII. S. 366.

Anm. 105. So bes. *De Foresta L'Adulterio del marito,* Einl. u. Cap. 1/3.

Der Mann, welcher seine Gattin so behandelt, wie es ihre Würde als Frau, als Mutter seiner Kinder verlangt, wird sich in den seltensten Fällen über Untreue derselben zu beklagen haben.

Das Gefühl der Verlassenheit, Misshandlungen, die Gleichgültigkeit seitens des Mannes, wohl auch die Kenntnis von dessen Untreue ist es zumeist, was die — von Natur aus sinnlicher angelegte und weniger moralischen Halt als der Mann besitzende — Frau zum Ehebruch treibt.[106])

In Anbetracht all dieser Punkte ist jede Änderung des Prinzips der Gleichstellung der beiden Ehegatten entschieden zu bekämpfen.[107])

Ebenso berechtigt erscheint die Gleichstellung des Teilnehmers am Ehebruch, der ebenfalls in andern Rechten teils milder, teils gar nicht bestraft wird; eine Begründung hiefür wäre nur darin zu sehen, dass man den Ehebruch als Verletzung der ehelichen Treue bestraft; in diesem Fall fällt dem Teilnehmer nichts als einfacher ausserehelicher Beischlaf bezw. Beihülfe zum Ehebruch zur Last.[108])

Unter diesem Gesichtspunkt lässt sich aber überhaupt die Pönalisierung des Ehebruchs nicht rechtfertigen.

Ein weiterer Punkt, den wir ins Auge fassen, ist das Erfordernis der vorgängigen Ehescheidung.

Eine ähnliche Bestimmung findet sich schon im römischen Recht (vergl. Dig. 48. 5 ad *legem Inliam de adulteris,* ferner *Cod.* 9, 9; *Nov.* 134, *cap.* 10), wo der Ehemann gegen seine Frau und gegen den Mitschuldigen nur klagen konnte, wenn er sich zuvor von ihr hatte scheiden lassen.[109])

Anm. 106. Dies räumen sowohl Krafft-Ebing (S. 12), als auch Schröder (S. 126) ein. Speziell Schröder führt in seinen Untersuchungen über die Ursachen des Ehebruchs auf S. 122/130 eine ganze Reihe von Gesichtspunkten an, die den Ehebruch der Frau in milderem Lichte zeigen. — Sehr hübsch äussert sich über diese Frage Ariost in s. Rasenden Roland (28. Gesang, Vers 79 ff.).

Anm. 107. Zutreffend schreibt Berner darüber (Lehrb. S. 445): Immer mehr hat die Überzeugung die Oberhand gewonnen, dass das Bewusstsein, der Ehebruch des Mannes werde von den Gesetzen gelinder behandelt, als der der Frau, mit dem einer edleren Ehe durchaus wesentlichen Gefühle der Gleichberechtigung der beiden Gatten sich nicht vertrage, und dass man daher in der Strafe keinen Unterschied machen dürfe.

Anm. 108. A. A. Binding Grdrss. 2, S. 110.

Anm. 109. S. v. Wächter Abh. S. 114.

Auch für den *extraneus* findet sich eine entsprechende Vorschrift (fr. 27, Dig. 48. 5), dass er bei Weiterbestehen der betreffenden Ehe zuerst gegen den Mann wegen Kuppelei klagen musste, ehe er eine Bestrafung der Frau wegen Ehebruchs bewirken konnte: *„probatam enim a marito uxorem et quiescens matrimonium non debet alius turbare atque inquietare, nisi prius lenocinii maritum accusaverit.“*

Das Erfordernis verschwindet dann aus den Gesetzgebungen und findet sich erst wieder im allgemeinen preussischen Landrecht, das in § 1062 eine kriminelle Bestrafung des Ehebruchs nur für den Fall anordnet, dass wegen desselben die Ehe geschieden wurde.

Die Bestimmung ging dann auch in das preussische Str.G.B. über, da man, wie oben erörtert, nicht in eine bestehende Ehe störend eingreifen wollte.

Die Mehrzahl der deutschen Partikulargesetzgebungen nahm das Erfordernis nicht auf, sondern begnügte sich mit dem Antragserfordernis; ja zum Teil war umgekehrt eine vorgängige Bestrafung des Ehebruchs als Bedingung für die Zulässigkeit der Ehescheidungsklage statuiert.[110])

Auch die fremden Gesetzgebungen kennen das Erfordernis nur zum Teil.

Die Strafgesetze von Italien und Russland sehen in dem Ehebruch, wenn wegen desselben eine Scheidung erfolgt ist, keine strafbare Handlung mehr.

Das Strafgesetzbuch hat das Erfordernis der vorgängigen Ehescheidung im Interesse der Reinhaltung der Ehe aufgenommen.

In den Motiven des Entwurfs des preussischen Strafgesetzbuchs von 1833 (S. 233) findet sich dazu die vielcitierte Begründung:

»Wenn die sonst tugendhafte Ehefrau, welche in einem unbewachten Augenblick der höchsten Leidenschaft oder allen Künsten der Verführung oder der Überraschung unterliegend diesen Fehler begangen hat, so zu entschuldigen ist, dass der Mann rücksichtlich

---

Anm. 110. Vergl. dazu Entsch. d. Obertrib. bei Goltd. 8 S. 272, die u. a. ausführt:

»Gemeinrechtlich bedarf es zur Bestrafung des schuldigen Ehegatten nicht der vorgängigen Ehescheidung wegen Ehebruchs, vielmehr ist umgekehrt die Rechtsregel, dass die vorgängige Bestrafung wegen Ehebruchs im Wege der Kriminaluntersuchung die Bedingung erst der Zulässigkeit der Ehescheidungsklage im Civilwege sei.«

der Fortsetzung der Ehe ihr denselben verzeiht, so muss er ihr ihn noch weit mehr in Beziehung auf die Kriminalstrafe verzeihen und darf sie nicht das Ehebett mit dem Kriminalgefängnis abwechseln lassen.«

Diese Begründung erörtert einleuchtend, weshalb während der Dauer der Ehe der Ehebruch nicht bestraft wird, giebt aber dafür keinen Grund, weshalb die Ehe gerade wegen dieses Ehebruchs geschieden sein muss.

Die Rücksicht darauf, dass die Erörterung für die Familie des Schuldigen sehr nachteilig werden kann, kann hier nicht angeführt werden, dafür ist ja noch das Antragerfordernis aufgenommen.

Daude sucht die Bestimmung zu begründen (S. 33 a. a. O.), indem er ausführt, der Gesetzgeber wolle zwar nur mit Zustimmung des Verletzten strafen, sich aber doch nicht völlig in dessen Dienst stellen, wenn es diesem passend erscheine, die Verzeihung nicht zu gewähren; dagegen ist zu bemerken: Von einem »sich völlig in dessen Dienst stellen« kann keine Rede sein, denn das Delikt wird zwar auf Antrag »verfolgt«, aber nur nach richterlichem Ermessen »bestraft«; und der Antrag hängt selbstverständlich immer nur davon ab, ob es dem Antragsberechtigten »passend erscheint, die Verletzungshandlung zu verzeihen oder nicht«. Dies ist bei allen Antragsdelikten gleich.

Daude (S. 33/34) führt dann zwei Fälle für seine Ansicht an; in dem einen hat der verletzte Ehegatte schon beim Scheidungsprozess von dem Ehebruch gewusst, aber keinen Gebrauch davon gemacht, in dem andern hat er erst nach der Scheidung den Ehebruch erfahren. In beiden Fällen wird nachher Strafantrag gestellt. — Daude weist nun darauf hin, wie unangebracht es sei, diesen Anträgen Folge leisten zu müssen, da der Antrag in beiden Fällen nur der Rachsucht entsprungen sei und im zweiten Fall der Ehebruch nicht einmal die Trennung der Ehe habe verschulden können. — Um derartige Ausnahmsfälle zu verhüten, hält Daude neben dem Antragserfordernis die Voraussetzung, dass die Ehe wegen des betreffenden Ehebruchs geschieden sei, für erforderlich.

Dagegen bemerkt Rüdorff (S. 23) richtig, dass es dem Gesetzgeber gleichgültig ist, aus welchen Motiven der Verletzte den Antrag

auf Bestrafung stellt, vollends wenn man, was eventuell ja die einzig ausreichende Begründung für eine Pönalisierung des Ehebruchs ist, die staatliche Institution als Objekt der Rechtsverletzung ansieht.

Es ist dies der wunde Punkt bei allen Antragsdelikten, wie auch bei der Privatklage. Man mag ihre Notwendigkeit prinzipiell noch so wohl begründen, in der Praxis und im Einzelfall wird man als Privatkläger sehr selten Rechtskämpfer im Ihering'schen Sinne finden, sondern fast immer Leute, die, wie unten des weiteren erörtert, sich entweder an einem alten Feinde rächen, oder durch Bedrohen und Chikanieren mit einer Strafklage irgend welchen Druck auf einen Andern ausüben wollen.

Es erscheint demnach nicht angebracht, Scheidung wegen dieses Ehebruchs zu verlangen;[111]) andererseits aber ist Rüdorff nicht zuzustimmen, wenn er behauptet, die ganze Bestimmung bewirke das Gegenteil von dem, was man im Auge gehabt habe, denn die Folgen der Bestimmung sei, dass mehr Ehen geschieden werden, da sich jeder Ehegatte scheiden lassen müsse, der die Bestrafung seines Ehegatten wegen eines Ehebruchs wünsche (S. 27). Dieser Einwurf erscheint nicht gerechtfertigt, der Fall, dass sich ein Ehegatte lediglich deshalb scheiden lässt, um später die Bestrafung des andern zu bewirken, wird sicher äusserst selten vorkommen; dagegen versöhnen sich erfahrungsgemäss die Ehegatten während des Ehescheidungsprozesses häufig (vgl. die Statistik oben in Cap. 2, S. 5, Anm. 7) und die betreffende Ehe bleibt dann erhalten.

Dies wäre aber ebenfalls so gut wie ausgeschlossen, wenn der eine den andern zuvor wegen des Ehebruchs ins Gefängnis gebracht hätte.

Ist also einerseits daran festzuhalten, dass in eine bestehende Ehe nicht eingegriffen werden soll, so ist andererseits ein Grund nicht einzusehen, weshalb eine Bestrafung nicht schlechtweg nach Beendigung der Ehe, anstatt nur nach der Scheidung oder gar nur nach der Scheidung wegen dieses Ehebruchs für zulässig erklärt ist.

Anm. 111. Ebenso Binding, Handb. S. 602 und Grdrss. S. 112 (»Scheidung wegen eines Ehebruchs bedeutet Straflosigkeit aller andern«); Rüdorff S. 23; Finger S. 15, Anm. 17; Schwarze im Ger.S. 20, S. 380.

Es wäre vielmehr das Erfordernis der vorgängigen Ehescheidung aus dem Gesetz zu streichen und anstatt dessen als Voraussetzung für die Strafverfolgung schlechtweg die Auflösung oder Scheidung der Ehe zu statuieren.

Was weiterhin das Antragserfordernis anbelangt, so ist auch dies aus dem schon mehrfach erörterten Grunde beizubehalten;[112]) zu wünschen wäre jedoch eine Abänderung der allgemeinen Antragsfrist dahin, dass dieselbe bei diesem Delikt erst mit Kenntnisnahme von der Rechtskraft des die Auflösung oder Scheidung der Ehe aussprechenden Urteils beginnt.[113])

Wünschenswert wäre weiter eine Beschränkung der Antragsberechtigung auf die Person des verletzten Ehegatten (so auch im Str.G.B. für das Königreich Sachsen Art. 263).

Einer Bestimmung, die den Ehebruch im Falle der Einwilligung oder der Verzeihung des andern Ehegatten straflos macht (wie sich eine solche z. B. im italienischen, französischen und andern Rechten findet), möchte ich unter keiner Bedingung das Wort reden. Wie erörtert, ist eine Bestrafung des Ehebruchs nur unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der staatlichen Institution der Ehe haltbar. Auf die Rechtswidrigkeit einer derartigen Verletzungshandlung kann und darf aber die Einwilligung oder die Verzeihung des andern Ehegatten prinzipiell nicht von Einfluss sein.

Ein letzter Punkt, in dem eine Abänderung des Gesetzes wünschenswert erscheint, betrifft die Verjährung. Die Folge der geltenden Bestimmung ist, wenn der Scheidungsprozess erst viel später angestrengt wird, eine ungebührliche Verlängerung der Verjährungsfrist; es wäre hier eine Bestimmung angebracht, die die

---

Anm. 112. Die Strafgesetzgebungen von Hannover u. Braunschweig straften den Ehebruch dann von Amtswegen, wenn derselbe öffentliches Ärgernis erregte.

Anm. 113. So die Meisten; auch die Partikulargesetzgebungen hatten teilweise diese Best.; vgl. z. B. § 110 des früheren Lübischen Rechts. — Wolf (i. d. Sächs. Ger.Ztg. 1874, S. 314 ff.) schlägt die Aufnahme einer Bestimmung vor, dass die Ehescheidungsklage innerhalb von 3 Monaten nach Kenntnis von dem Ehebruch gestellt sein müsse. Eine derartige Bestimmung erübrigt sich jetzt durch den § 1571 B.G.B., welcher lautet: Die Scheidungsklage muss in den Fällen 1565—1568 binnen 6 Monaten von dem Zeitpunkt an erhoben werden, in dem der Ehegatte von dem Scheidungsgrund Kenntnis erlangt. Auch für die Anfechtung einer Ehe sind im B.G.B., soweit die Natur der Sache dies zulässt, entsprechende Präclusivfristen bestimmt.

Verjährung sofort beginnen und nur über die Dauer des Eheprozesses ruhen lässt.

Schliesslich könnte noch, um auch diese Streitfrage aus der Welt zu schaffen, eine Bestimmung über die Beschaffenheit der Ehe, die gebrochen werden kann, etwa wie in Art. 261 des Sächs. Str.G.B. aufgenommen werden.

Es würde demnach, wenn man den Ehebruch auch weiterhin bestrafen will, die Strafbestimmungen mit den vorgesehenen Abänderungen etwa folgendermaßen lauten:

»Der Ehebruch wird an dem schuldigen Ehegatten, sowie an dem Mitschuldigen mit Gefängnis bis zu sechs Monaten gestraft.

Der Ehebruch setzt eine nach gesetzlichen Formen eingegangene und noch nicht von der zuständigen Behörde für getrennt oder nichtig erklärte Ehe voraus.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag des verletzten Ehegatten und nach Auflösung der Ehe ein.

Die Frist zur Antragstellung beginnt mit dem Tag, an dem der Antragsberechtigte von dem Eintritt der Rechtskraft des die Ehe scheidenden oder auflösenden Urteils Kenntnis erhält; jedenfalls aber nicht später, als sechs Monate nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils.

Während des Prozesses über die Auflösung der Ehe ruht die Verjährung.«

So die Abänderungen, wenn man den Ehebruch auch weiterhin bestrafen will.

Ist aber überhaupt für die Bestrafung desselben ein hinreichender Grund vorhanden?

Wäre es nicht besser, wenn der Strafrichter keine Notiz davon nähme?[114])

Anm. 114. Für die Bestrafung des Ehebruchs die Meisten, s. bes. van Swinderen b. Goltd. 25, S. 132 ff.; s. Goltdammer Mat. § 140; v. Meyer S. 734 Anm. 2; Schröder S. 107 ff.; Savigny i. d. Verh. d. ständ. Ausschusses III. Bd. (Berlin 1848) S. 395. Gegen die Bestrafung s. Mayer bei Goltd. 34 S. 32 ff.; Cella: Über Verbrechen und Strafe in Unzuchtsfällen S. 81 ff.; *Gautier, Contre la répression pénale de l'adultère,* i. d. Zeitschr. für Schweizer Strafrecht VII, S. 353 ff.; Dalcke in Goltdammers Archiv Bd. 17; *de Foresta, L'adulterio del marito.*

Es bieten wenige Verbrechen — schreibt Schwarze in seiner Abhandlung in Holtzendorff Handbuch III S. 300 — eine so vielfach verschiedene Beurteilung der juristischen, wie der sozialen und sittlichen Bedeutung dar, wie gerade der Ehebruch. —

Ein Blick auf die Geschichte des Delikts zeigt die Richtigkeit dieser Bemerkung Schwarzes.

Bald straflos gelassen, bald mit dem Tode geahndet, bald mit einer Geldbusse, bald mit langjähriger Freiheitsstrafe bedroht, hier von Amts wegen verfolgt und in diesem Falle von der Praxis und Wissenschaft durch allerlei Kniffe und Ausflüchte gegen die Strafe möglichst gesichert,[115]) dort als Antragsdelikt behandelt und infolgedessen als lucratives Erwerbsgeschäft von Zuhälternaturen ausgenützt oder zur Befriedigung niedriger Rachgelüste missbraucht, stets von der öffentlichen Meinung entschuldigt und in allen Zeiten im Verhältnis zu der Häufigkeit seines Vorkommens nur äusserst selten zur Aburteilung gebracht, sehen wir im Ehebruch einen interessanten Beweis dafür, dass es Strafandrohungen giebt, die durch ihre Existenz weit mehr Unheil anrichten, als die Verletzungshandlungen, welche zu verhüten sie bestimmt sind. — Wenn man die Ehe und damit den Staat durch den Ehebruch für gefährdet hält: durch Pönalisierung des Ehebruchs ist dem nicht abgeholfen worden.

Selten hat die Strafandrohung vermocht, auch nur »einen« Ehebruch zu verhindern (in diesem Sinne auch Gautier l. c. S. 362); selbst die strengen Strafen des Mittelalters waren erfolglos, in Anbetracht derer *De Foresta* (S. 330 a. a. O.) bemerkt: »Es war mit dem Ehebruch, wie mit der Zauberei und Hexerei, dass sie um so strenger bestraft wurden, je weniger sie es verdienten.«

Anm. 115. Charakterisch für diese Versuche ist z. B. eine Stelle bei Püttmann. Diss.: *de causis nonnullis adulterii poenam mitigandi spuriis, Lipsiae 1775 pag. 9:*

„Ac primum semper mihi displicuit, quod contendit Wernherus Enunciat II 442, quando scilicet uxor adultera cum duobus coierit, cum priore autem delictum haud consummaverit, ad poenam mortis deveniri haud posse; neque enim huic locum esse ob adulterium prius, utpote haud consummatum, neque propter posterius, licet perfectum, quia per priorem coitum, cum alio viro exercitum, vinculum matrimonii uxorem inter et maritum jam ruptum intellegatur, adeo, ut illa deinceps re ipsa feminae solutae instaresse coeperit, neque cum viro soluto adulterium proprie sic dictum admittere potuerit.“

Dagegen sehen wir andere Wirkungen als Folge dieser Gesetze.

Schon die Bestimmung der *Lex Julia,* wonach die ehebrecherische Frau einen Teil der Mitgift an den Mann herausgeben musste, hat den Industriezweig der geprellten Ehemänner hervorgebracht, indem von nun an, wie Plutarch erzählt, manche Römer heirateten, indem sie auf den Ehebruch der Frau spekulierten. Und bis auf die heutige Zeit ist der Ehebruch ein viel benutzter Anlass zur Erpressung geblieben.

Missglückt nun solch ein Erpressungsversuch, oder wünscht der »verletzte Ehegatte« sich aus andern Gründen an dem Gatten bezw. an dessen Mitschuldigen zu rächen, so macht er von seinem Antragsrecht Gebrauch.

Zu welch entwürdigender Rolle ist hier das Gericht gezwungen, das solchem Antrag stattgeben muss.[116])

Diesem Missstand sowie dem Umstand, dass der Antrag äusserst selten gestellt und der Ehebruch somit in den meisten Fällen straflos blieb, suchte das preussische Strafgesetz von 1851 abzuhelfen, indem es an Stelle des Antragsdelikts wieder die Bestrafung von Amtswegen einführte und daneben dem verletzten Ehegatten das Recht einräumte, die Nichtbestrafung des Schuldigen ausdrücklich zu beantragen.[117])

Dadurch ist natürlich die Herbeiführung einer Bestrafung genau so in das Belieben des Verletzten gestellt, wie durch das Antragserfordernis.

Erwägungen dieser Art haben im Jahr 1875 dazu geführt, das Antragserfordernis bei gewissen Sittlichkeitsdelikten zu streichen (vergl. die Anlagen zu den Verhandlungen des deutschen Reichstages von 1875, Aktenstück Nr. 54, Bemerkungen zu den §§ 176 bis 178, wo auch über eine Anzahl von Fällen berichtet wird, in denen die Stellung des Strafantrags in Ärgernis erregender Weise durch Geld hintertrieben wurde.

Sehen wir so erhebliche Nachteile sich aus dem Antragserfordernis ergeben, so ist doch andererseits eine Abschaffung desselben beim Ehebruch durch die Rücksicht, welche die Gesetz-

Anm. 116. Vergl. z. B. Binding Handb. I S. 663 Anm. 6.

Anm. 117. Vergl. die Motive zu § 129 d. Entw. (i. d. Anl. zu den Kammerverh. von 1851 Aktenst. Nr. 23).

gebung auf das Geheimnis der Familie, den unschuldigen Ehegatten und dessen Kinder zu nehmen hat, ausgeschlossen.

Ist also, wie wir gezeigt haben, die Bestrafung des Delikts, sei es, dass sie von Amtswegen, sei es, dass sie nur auf Antrag erfolgt, mit ausserordentlichen Nachteilen verknüpft, so fragt es sich, was denn andererseits die Schädigungen sind, die der Ehebruch selbst, bezw. eine Nichtbestrafung desselben zur Folge hat.

Der Ehebruch wird bestraft wegen der dadurch bewirkten Zerrüttung der Ehe; die Zerstörung des sittlichen Moments der Ehe ist aber im Falle des Ehebruchs der Regel nach nicht grösser, als im Falle der böslichen Verlassung oder des unverbesserlichen liederlichen Lebenswandels und anderer Scheidungsgründe.

Denkt aber heute noch jemand daran, alle diese Fälle zu pönalisieren?[118]) Nein! und eine Begründung dafür wäre wohl auch schwer zu geben, ebensowenig wie für die Bestrafung des Ehebruchs; und würden solche Strafbestimmungen dennoch erlassen, so hätten sie zweifellos ebensowenig Erfolg, wie die Bestrafung des Ehebruchs, »denn hier kommen wir auf ein Gebiet, das der Strafjustiz verschlossen bleiben muss. Das äussere Band der Ehe kann wohl durch Strafbestimmungen erhalten werden, niemals die innere sittliche Reinheit der Ehe und die Innigkeit des Zusammenlebens der Ehegatten« (Dalcke l. c.).

Von diesem Standpunkt ausgehend, hat z. B. auch das Strafgesetzbuch von Genf den Ehebruch straflos gelassen, da die Bestrafung des Ehebruchs lediglich eine Herabwürdigung der Ehe und die Herbeiführung eines überflüssigen Skandals bedeute und die einzige richtige Maßregel die Ehescheidung sei.[119])

Ebenso war der Ehebruch straflos nach dem Hamburger Gesetzbuch von 1869.

Aus denselben Gründen sprach sich auch der Entwurf eines

Anm. 118. Dies ist geschehen im Str.Ges.Buch für Sachsen, das in Art. 265 auch die böswillige Verlassung mit Strafe bedroht.

Anm. 119. Vergl. Gautier i. d. Strafges.Geb. d. Gegenw. Band I S. 418 und *Gautier, Contre la répression pénale de l'adultère* i. d. Zeitschr. für Schweizer Strafrecht Bd. VII, S. 357.

Strafgesetzbuchs für das Königreich der Niederlande für die Nichtbestrafung aus.[120])

Was *van Swinderen*[121]) dagegen vorbringt, sind die gewöhnlichen Gründe, mit denen die Straflosigkeit des Ehebruchs bekämpft wird.

Zunächst bemerkt er, die Unlauterkeit der Motive des Antragsstellers fallen nicht ins Gewicht; die Motive gehen den Gesetzgeber nichts an, dieselben seien übrigens auch bei andern Antragsdelikten nicht edler.

Insoweit ist diese Argumentation richtig; aber die Strafbestimmungen bei allen andern Delikten haben vor allem auch einen praktischen Erfolg, beim Ehebruch jedoch fehlt derselbe völlig, und die Strafbestimmung dient hier fast ausschliesslich der Erregung und Förderung unlauterer Motive.

Weiterhin führt *Swinderen* aus, die selten vorkommende Bestrafung könne niemals als ein erheblicher Grund dafür in Betracht kommen, dass man den Ehebruch überhaupt nicht mehr strafe, sonst dürfte man auch gewisse andere schwere Verbrechen nicht mehr mit Strafe bedrohen.

Auch diese Ausführung ist nicht schlüssig. Dass ein Verbrechen selten vorkommt oder selten entdeckt wird, kann selbstverständlich auf seine Pönalisierung nicht von Einfluss sein; wenn aber ein Antragsdelikt so überaus häufig und öffentlich begangen wird und dennoch eine Antragsstellung bezw. Bestrafung nur so selten erfolgt, wie dies gerade beim Ehebruch der Fall ist, so ist damit der Beweis erbracht, dass die betreffende Strafbestimmung den allgemeinen Anschauungen nicht entspricht und daher eine Änderung notthut. (Vergl. hiezu sowie zu dem ff. die umstehende Statistik der in Deutschland alljährlich zur Aburteilung kommenden Ehebrüche.)

Vor allem ist aber darauf hinzuweisen, dass die Wirkungen des Ehebruchs auf die Ehe vielfach übertrieben werden.

Nach den Mitteilungen von Öttingens in seiner Moralstatistik kann man annehmen, dass 20—25% aller erfolgreichen Ehescheidungsklagen auf Ehebruch gestützt werden.

Anm. 120. Erst in den Kammerverhandlungen wurde nach langen Debatten die Bestrafung des Ehebruchs wieder in das niederländische Strafgesetzbuch aufgenommen.

Anm. 121. In Goltd. Archiv Bd. 25 S. 120.

Jahrgang	Strafbare Handlungen				Angeklagte				Strafen			Zahl der in dem betreffenden Jahr erfolgten Ehescheidungen.
	Bezüglich deren in den betreffenden Jahren Entscheidungen rechtskräftig geworden sind								Verurteilte, gegen welche erkannt ist auf			
	überhaupt	Verurteilung	Freisprechung	Einstellg. des Verfahrens	überhaupt	Verurteilung	Freisprechung	Einstellg. des Verfahrens	Gefängnis 3 Monaten aufwärts	Gefängnis bis zu 3 Monaten	Andere Strafen	
1882	51	45	5	1	80	70	9	1	1	69	—	5175
1883	76	66	9	1	114	92	20	2	12	78	2 Angeklagte erhielten Zuchthaus bis zu 2 Jahren.	5594
1884	72	61	8	3	105	94	7	4	7	87	1 Angeklagter erhielt Haftstrafe.	5872
1885	65	56	6	3	92	76	11	5	6	70	—	6062
1886	103	90	11	2	138	114	21	3	9	105	—	5969
1887	213	204	7	2	138	122	12	4	9	111	1 Person erhielt Zuchthaus bis zu 2 Jahren, 1 Angeklagter einen Verweis.	6240
1888	120	109	7	4	165	146	13	6	8	138	—	6513
1889	65	59	5	1	115	101	12	2	6	94	1 Person erhielt Zuchthausstrafe von unter 2 Jahren.	6338
1890	156	88	16	52	143	112	27	4	6	103	3 Personen erhielten Zuchthausstrafen bis zu 2 Jahren.	6400
1891	96	85	11	—	164	142	22	-	7	134	1 Person erhielt Zuchthausstrafe bis zu 2 Jahren.	6419
1892	114	100	12	2	150	121	26	3	8	111	1 Person erhielt Zuchthausstrafe bis zu 2 Jahren. 1 Person einen Verweis.	6617
1893	97	89	5	3	145	125	15	5	4	120	1 Person erhielt Zuchthaus bis zu 2 Jahren.	7031
1894	126	112	13	1	214	185	27	2	11	173	1 Person erhielt Zuchthaus bis zu 2 Jahren.	7838
1895	150	128	16	6	250	212	29	9	7	204	1 Person erhielt Zuchthaus bis zu 2 Jahren.	7911
1896	166	154	6	6	284	260	15	9	10	248	2 Personen erhielten Zuchthaus bis zu 2 Jahren.	7430
1897	266	145	14	7	299	252	37	10	9	243	—	—

Daraus kann man unter Beiziehung der Mitteilungen der deutschen Justizstatistik entnehmen, dass in Deutschland in den 1890er Jahren jährlich 1500–2000 Ehen wegen Ehebruchs geschieden wurden.

Ist schon diese Zahl im Verhältnis zu der Zahl der Ehebrüche, die alljährlich begangen werden, eine kleine zu nennen, so kommt weiter noch in Betracht, dass fast alle andern Ehescheidungsgründe mehr die wahre Veranlassung zur Scheidungsklage geben, als der Ehebruch. Denn gerade der letztere wird in vielen Fällen benutzt, um einen Gatten von der ihm lästigen Ehe zu befreien, der die Scheidung in Wirklichkeit aus ganz andern Gründen wünscht, und nur deshalb wegen eines ihm bekannten Ehebruchs des Andern auf Scheidung klagt, weil der Beweis des Ehebruchs verhältnismässig einfach, der Erfolg der Klage, wenn der Beweis gelingt, sicher ist und der Prozess in diesem Falle am schnellsten zum Ziele führt.

Ausserdem erscheint in viel mehr Fällen der Ehebruch die Folge der Zerrüttung der Ehe, als umgekehrt durch einen Ehebruch die Ehegatten einander entfremdet werden.

Es soll hiedurch der Ehebruch als solcher keineswegs gerechtfertigt oder auch nur entschuldigt werden; derselbe erscheint im höchsten Grade unsittlich, ob man die Institution der Ehe als ein Sakrament oder einen Vertragsschluss oder als eine rein soziale Notwendigkeit oder sonst von einem ethischen, religiösen oder kulturellen Standpunkt betrachtet und demgemäss die Schwere ihrer Verletzung beurteilt. Aber der Ehebruch gehört zu der grossen Zahl der Handlungen, die, so unsittlich sie auch sein mögen, dennoch nur vor den Richterstuhl der Moral gehören.

Um die Strafandrohung gegen eine Handlung zu rechtfertigen, muss die letztere sich als die nicht unerhebliche Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsguts darstellen, an dessen Integrität die Allgemeinheit ein Interesse hat, und auch in diesem Fall hat die Strafandrohung nur dann Sinn, wenn sie geeignet erscheint, diese Handlungen zu verhindern oder wenigstens zu vermindern.

Dass der Ehebruch die hier in Betracht kommenden Rechtsgüter, die Sittlichkeit und die Institution der Ehe nicht so bedenklich gefährdet bezw. verletzt, als gemeiniglich behauptet wird, ist schon

erörtert und ebenso die Unmöglichkeit, einen Schutz auf diesem Gebiet durch Strafandrohung auszuüben.

Es ist *Savigny*[122]) nicht zuzustimmen, wenn er davon ausgeht, dass die Strafe des Ehebruchs allein ein ernstes Anerkenntnis des Rechts und der Würde der Ehe in sich schliessen kann; denn die Innigkeit des ehelichen Zusammenlebens zweier Ehegatten, die nur die Furcht vor dem Staatsanwalt zusammenhält, erscheint problematischer Natur.

Anm. 122. In seiner Rede im vereinigten ständischen Ausschuss.

Verzeichnis der benutzten Litteratur.

I. Die Kommentare zum D.R.Str.G.B.

von:

Frank. 2. Aufl. Leipzig 1901.
F. Meyer. 2. Aufl. Berlin 1871.
Olshausen. 6. Aufl. Berlin 1900.
Oppenhoff. 13. Aufl. Berlin 1896.
Rubo. Berlin 1879.
Rüdorff-Stenglein. 4. Aufl. Berlin 1892.
v. Schwarze. 5. Aufl. Leipzig 1884.

II. Handbücher, Lehrbücher und Grundrisse des D. Strafrechts

von:

Berner, Lehrbuch. 18. Aufl. Leipzig 1898.
Binding, Handbuch I. Leipzig 1885; Die Normen. 2 Bände. Leipzig 1877/90
Grundriss II. Leipzig 1896.
Hälschner, Handbuch. Bonn 1881/87.
v. Holtzendorffs Handbuch. Berlin 1871/77, in Band III sub Ehebruch (v. Schwarze), und in Band IV sub Antrag (v. Dochow).
v. Liszt, Lehrbuch. 10. Aufl. Berlin 1900.
Löning, Grundriss. Frankfurt 1885.
Merkel, Lehrbuch. Stuttgart 1889.
v. Meyer, H., Lehrbuch. 5. Aufl. Leipzig 1895.
Schütze, Lehrbuch. 2. Aufl. Leipzig 1874.

III. Aufsätze.

a. In der Zeitschrift „Der Gerichtssaal“

von:

Fischer. (Band 31 und 32.)
Hälschner. (Band 22.)
Samuely. (Band 32.)
v. Schwarze. (Band 20 und 24.)
v. Tippelskirch. (Band 11.)
Villnow. (Band 30.)

b. In Goltdammers Archiv für Strafrecht

von:

Conrad. (Band 35.)
Dalcke. (Band 17.)
Villnow. (Band 23.)

c. In der Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft

von:

v. Kries. (Band 5 und 7.)

d. In den neuen Jahrb. f. sächs. Str.R.

von:

Abbegg. (Band 9.)

e. In der sächs. Gerichtszeitung

von:

Wolff. (Band 13.)

f. In Weiske, Rechtslexikon

von:

Wächter. (Band 3 sub Ehebruch.)

g. In v. Holtzendorff's Rechtslexikon (Leipzig 1880/81)

von:

Wahlberg. (sub Ehebruch.)

h. In der Zeitschrift für Schweizer Strafrecht

von:

Gautier. (Band 7.)

IV. Monographien.

Bennecke, Die Lehre vom Ehebruch in historisch-dogmatischer Entwicklung. Band I. Marburg 1884.

Bouché, Étude sur l'adultère. Paris 1893.

Daude, Der Ehebruch, Diss. Göttingen. 1895.

Finger, Die strafr. Behandl. des an dem Ehebruch seiner Gattin mitschuldigen Ehegatten. Wien 1887. (Aus den Jurist. Blättern.)

Foresta, L'adulterio del marito. Mailand 1881.

Mainzer, Die Ehe im deutschen Reichsstrafrecht. Würzburg 1894.

Nessel, Die Antragsberechtigungen des D. R.Str.G.B. Berlin 1873.

Reber, Die Antragsdelikte des D. Str.R. München 1873.

Rosenthal, Die Rechtsfolgen des Ehebruchs nach kanon. und deutschem Recht. Würzburg 1880.

Rüdorff, Wann beginnt die Antragsfrist beim Ehebruch? Berlin 1900.

Schütze, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen. Leipzig 1869.

v. Wächter, Abhandlungen aus dem Strafrecht I. Leipzig 1835.

Weisbrod, Die Sittlichkeitsdelikte. Berlin 1891.

V. Entscheidungen.

(Insbesondere des Reichsgerichts und des Kammergerichts.)

a) In den Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

b) In der Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen.

c) In Goltdammers Archiv für Strafrecht.

d) Bei Oppenhoff, Die Rechtsprechung des Ober-Trib. in Strafsachen.

e) Bei Stenglein, Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft.

VI. Entwürfe und Materialien etc.

Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den norddeutschen Bund nebst Motiven. Berlin 1869.

Goltdammer, Die Materialien zum preussischen Strafgesetzbuch. (2 Bände. Berlin 1851/52.)

Stenographische Berichte über die Verhandlungen der preuss. Kammern 1850/51 nebst Anlagen.

Verhandlungen des im Jahre 1848 zusammenberufenen Vereinigten Ständischen Ausschusses. Berlin 1848.

VII. Anderweitige Litteratur.

Die Gesetzgebung der Gegenwart, herausgegeben von der internationalen kriminalistischen Vereinigung. (2 Bände. Berlin 1894 und 1899.)

Herbst, Handbuch des österreichischen Strafrechts. (2 Bände. Wien 1859.)

Code pénal nebst Motiven und Kommissionsberichten. 2 Bände. Paris 1810 u. 1811.

Dalloz et Vergé, Code pénal annoté. Paris 1881.

Nypels, Le droit pénal français progressif et comparé. Bruxelles 1863.

Strafgesetzbuch für das Königreich Italien, übersetzt und erläutert von Stephan. Berlin 1890.

Stephen, History of the criminal law of England. (3 Bände. London 1883.)

Stephen, Digest of the criminal law. 3. Aufl. London 1883.

Stephen, General View of the criminal law of England. London 1863.

Ferner wurde benutzt:

John, Entwurf mit Motiven zu einem Str.G.B. für den nordd. Bund. Berlin 1868.

Stenglein, Lexikon des deutschen Strafrechts. (2 Bände. Berlin 1900.)

Löwe, Commentar zur Strafprozessordnung. 9. Aufl. Berlin 1898.

v. Öttingen, Moralstatistik. 3. Aufl. Erlangen 1882.

Schröder, Das Recht in der geschlechtlichen Ordnung. 2 Aufl. Leipzig 1896.

Deutsche Kriminalstatistik (erschienen als Teil der Statistik des deutschen Reiches, herausgegeben vom statistischen Amt).

Deutsche Justizstatistik, bearbeitet im Reichsjustizamt.